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

ANO 8 • Nº 13

ISSN 2358-0038

1º SEMESTRE • 2020



HOMENAGEM À ODETE SILVEIRA MORAES

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani
Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz José Carlos Soares Castello Branco
Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Eduardo Rockenbach Pires
Colaboração: Presidente da AMATRA-2, Juiz Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 8, -- n.13 – (1. sem. 2020) – . -- São Paulo, 2020-.
v. : 26cm
Semestral ISSN: 2358-0038
1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do Trabalho. I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)
CDU 34:331(05)

CARO(A) ASSOCIADO(A),

Com muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 13ª (décima terceira) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem à nossa querida magistrada Odette Silveira Moraes, que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

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

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

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços,

FARLEY ROBERTO RODRIGUES DE CARVALHO FERREIRA

Presidente da AMATRA-2.



AMATRA-2

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

Conselho Editorial:

Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira Presidente
Fábio Moterani Diretor Cultural
José Carlos Soares Castello Branco Diretor Cultural
Eduardo Rockenbach Pires Diretor Cultural

EXPEDIENTE

Diretoria Executiva:

Presidente **Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira**
Diretora Secretária

Raquel Marcos Simões

Diretoria Financeira e de Patrimônio

Cristina Ottoni Valero

Valéria Nicolau Sanchez

Diretoria Cultural

Fábio Moterani

José Carlos Soares Castello Branco

Eduardo Rockenbach Pires

Diretoria Social

Tatiana Agda Julia Elenice Helena Beloti Maranesi Arroyo

Vanessa Anitablian Baltazar

Diretoria de benefícios

Jefferson do Amaral Genta

Juliana Herek Valério

Diretoria de Esportes e Lazer

Frederico Monacci Cerutti

Alex Alberto Horschutz de Resende

Diretoria de Aposentados

Maria Cristina Fisch

Amador Paes de Almeida

Maria Alexandra Kowalski Motta

Maria Luiza Freitas

Diretoria de Direitos humanos

Marcos Scalécio

Laura Rodrigues Benda

Diretoria de Assuntos legislativos e institucionais

Fábio Ribeiro da Rocha

Juliana Jamtchek Grosso

Comissão Disciplinar e de Prerrogativas

Desembargadores

Manoel Antônio Ariano – Titular

Rosana de Almeida Bueno – Suplente

Juizes Titulares

Patrícia Almeida Ramos – Titular

Adriana Prado Lima – Suplente

Juizes Substitutos

Marcelo Azevedo Chamone – Titular

Juliana Dejavite dos Santos – Suplente

Conselho Fiscal

Titulares

Magda Cristina Muniz

Juliana Eymi Nagase

Bruno José Perusso

Suplentes

Renata Simões Loureiro Ferreira

Carlos Francisco Berardo

Comissão de Magistrados de 1º e 2º graus

Ademar Silva Rosa

Ana Maria Contrucci Brito Silva

Diego Reis Massi

Juliana Ferreira de Moraes

Lávia Lacerda Menendez

Leonardo Aliaga Betti

Mauricio Marchetti

Roberto Vieira de Almeida Rezende

Silvana Abramo Margherito Ariano

Representante do Foro Regional da Zona Leste

Aparecida Maria de Santana

Representante do Foro Regional da Zona Sul

André Eduardo Dorster Araújo

Representante da Circunscrição de São Bernardo do Campo

Claudia Flora Scupino

Representante da Circunscrição de Osasco

Daiana Monteiro Santos

SUMÁRIO

HOMENAGEM À ODETTE SILVEIRA MORAES – Farley Roberto Rodrigues de Carvalho Ferreira	7
DOCTRINA	8
AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/2019 NO TOCANTE AOS EMPREGADOS BANCÁRIOS – André Cremonesi	8
JUÍZES NÃO SÃO SERVIDORES PÚBLICOS – Genesio Vivanco	10
O FIM DA ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS NO DIREITO DO TRABALHO – Helcio Luiz Adorno Júnior e Jéssica Turquino Zequim	13
RACIONALIDADE VERSUS SUBJETIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E OS LIMITES DO CONTRADITÓRIO – Laercio Lopes da Silva	21
A TUTELA DA DIMENSÃO COMUNITÁRIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, O DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO REGRANDO O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO – Laercio Lopes da Silva	29
A EFICÁCIA EXECUTIVA DA AÇÃO DECLARATÓRIA TRABALHISTA: DIÁLOGO PROCESSUAL, ECONOMIA, CELERIDADE, EFETIVIDADE E ACESSO À JUSTIÇA – Lorena de Mello Rezende Coinago	36
EMPREGO BANCÁRIO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO ESTORNO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE HORAS EXTRAS ALÉM DA 6ª DIÁRIA – Lúcia Midori Kajino	41
A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NAS ESCALAS DE 12X36 HORAS – Renan Martins Lopes Belutto	63
HOME OFFICE À LUZ DA LEI N. 13.467/2017 – Willian Alessandro Rocha	70
ACÓRDÃOS	76
SENTENÇA	102

AMATRA-2

Av. Marquês de São Vicente, 235 - Bl. B - 10º Andar
Barra Funda - São Paulo - SP - CEP 01139-001

Telefone: (11) 3392 4996 - (11) 3392 4997 - Fax: (11) 3392 4727

Arte:

Ariana Assumpção

ariana.assump@gmail.com

FARLEY ROBERTO RODRIGUES DE CARVALHO FERREIRA

Juiz do Trabalho do TRT-2

Mestre (USP)

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (UFG)

Presidente da AMATRA-2 – biênio 2018/2020

Coordenador e professor do CETRAB

A LIÇÃO EM MAGISTRATURA

Ainda na Presidência da AMATRA-2, fiz questão de escrever pessoalmente sobre a nossa recém aposentada, Desembargadora Odette...

Realmente, uma magistrada muito especial. Marcou nosso TRT-2 com sua sutileza encantadora e gentileza inestimável.

A Desembargadora Odette é exatamente aquilo que hoje chamamos de “juíza-raiz”. Portadora de postura profissional inigualável: séria, confiante, compreensiva e inteligente.

O leitor dessa homenagem pode estar imaginando que apenas lamentamos a imensa perda para o TRT-2. Ledo engano! Porque as pessoas e as suas virtudes, que ingressam na construção jurídico-histórico-cultural de um Tribunal, jamais são esquecidas! São caminhos de luz em ambiente tão litigioso e tenso. Fazem parte da sabedoria conquistada e transmitida por onde passou.

A sensibilidade e o discernimento da Desembargadora Odette se revelaram para todos nós, principalmente, quando ocupou a Corregedoria do TRT da 2ª Região. Foi nessa função que a “nova magistratura” pôde conhecer uma grande liderança: aquela que compreende as dificuldades, que incentiva as pessoas e que exige postura profissional quando necessário.

Nessa atualidade, em que os pensamentos extremos e polarizados ganham a cena do cotidiano, os ensinamentos de serenidade e de apaziguamento transmitidos pela desembargadora Odette transbordam o aspecto profissional da magistratura e surpreendem como lição de vida e de cidadania na sociedade brasileira.

Longe de holofotes pirotécnicos, a “magistrada-raiz” sempre se limitou a falar nos autos e “corregedora-raiz” sempre falou aos magistrados quando precisou, sem desqualificar ou humilhar aqueles que estavam sob sua fiscalização.

Tenho a honra de prestar essa homenagem à Desembargadora Odette porque sempre teremos orgulho de nos espelhar em cada caminho trilhado por essa magistrada da 2ª Região.

Sempre teremos orgulho de ver uma pessoa que soube manejar, como raros, os grandes poderes que a sociedade atribuiu em suas mãos.

E para que se registre também a importância de tudo isso, além do que já foi dito no Tribunal Pleno, rendo minhas sinceras homenagens a essa grande magistrada.

Uma professora de lição em magistratura!

Muito obrigado por estar conosco!

ANDRÉ CREMONESI

Juiz do Trabalho Aposentado
Professor Universitário

AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/2019 NO TOCANTE AOS EMPREGADOS BANCÁRIOS

1. INTRODUÇÃO.

Não bastasse a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, e que é objeto de várias ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, houve por bem o Presidente da República editar a Medida Provisória nº 905/2019, que altera vários outros dispositivos celetizados, bem como inclui outras disposições legislativas.

Neste trabalho pretendemos discutir apenas um desses dispositivos inseridos na Medida Provisória nº 905/2019, qual seja a alteração do *caput* do artigo 224, bem como a inserção dos parágrafos 3º e 4º ao mesmo artigo da Consolidação das Leis do Trabalho.

O objetivo é estudar, de forma singela, o cargo de confiança bancária e a natureza jurídica do pagamento da gratificação de função ou comissão de cargo, bem como a impossibilidade de aplicação do dispositivo legal em comento.

2. A ALTERAÇÃO DO CAPUT DO ARTIGO 224 E A INSERÇÃO DOS PARÁGRAFOS 3º E 4º A ESSE MESMO ARTIGO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO POR MEIO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/2019.

Com a edição da Medida Provisória nº 905/2019 foi alterado o *caput* do artigo 224 bem como foram inseridos os parágrafos 3º e 4º ao mesmo artigo da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Artigo 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica Federal, para aqueles que operam exclusivamente no caixa, será de até seis horas diárias, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana, podendo ser pactuada jornada superior, a qualquer tempo, nos termos do disposto no art. 58 desta Consolidação, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, hipóteses em que não se aplicará o disposto no § 2º.

Parágrafo 3º - Para os demais empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica Federal, a jornada somente será considerada extraordinária após a oitava hora trabalhada.

Parágrafo 4º - Na hipótese de decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º, o valor devido relativo a horas extras e reflexos será integralmente deduzido ou compensado no valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado.”

Com este trabalho não temos a pretensão de esgotar a matéria, posto que de grande relevância, além de extremamente controversa e complexa.

A nosso ver, com a devida vênia e respeito tanto à Presidência da República como ao Congresso Nacional que apreciará a conveniência de sua conversão ou não em Lei, pensamos que o dispositivo legal em referência não deva se tornar lei e trataremos disso a seguir.

O foco principal deste trabalho se limita ao contido no parágrafo 4º do artigo 224 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Contudo, logo a seguir faremos um breve comentário acerca da alteração promovida pelo *caput* do referido dispositivo legal.

3. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DISPOSITIVOS QUE TRATAM DO EMPREGADO BANCÁRIO.

A novidade legislativa trazida pelo *caput* do artigo 224 da Consolidação das Leis do Trabalho mostra-se evidentemente incompatível com o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal e bem assim com o disposto no artigo 225 daquela.

O ideal mesmo, a nosso ver, seria a rejeição integral do *caput* do artigo 224 celetizado com a redação dada pela Medida Provisória nº 905/2019.

Acerca dessa incompatibilidade teremos que aguardar expressão manifestação jurisprudencial dos Tribunais do Trabalho, ou seja, como as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 905/2019 serão harmonizadas com o parágrafo 2º do artigo 224 e com o artigo 225, ambos do mesmo diploma legal.

Em suma: a nosso ver, com a devida vênia e respeito de posicionamentos contrários, pensamos que todo o regramento que trata do cargo de confiança bancária continua em vigor.

4. O CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIA.

A descaracterização do cargo de confiança bancária perante a Justiça do Trabalho é fato corriqueiro entre os operadores do direito trabalhista.

Milhares de ações trabalhistas tramitam e ainda tramitam nos Tribunais do Trabalho com o objetivo da parte autora em mostrar ao Poder Judiciário Trabalhista que o enquadramento implementado pelos bancos não condiz com a realidade e que, por isso, jamais a maioria dos bancários poderia ser enquadrada como exercentes de cargos de confiança bancária.

Com efeito, as alegações dos bancos – as quais não se sustentam no mais da vezes – são no sentido de que seus empregados enquadrados como exercentes de cargo de confiança bancária dispõem de senha diferenciada com acesso

a documentos sigilosos, detêm poder de veto de operações financeiras no comitê da agência, detêm poder de mando, têm empregados subordinados a seus serviços, detêm poder para admitir, punir e despedir empregados, tudo isso sem falar na absurda alegação de que são recompensados com “padrão remuneratório diferenciado”.

Os exercentes de cargo de confiança bancária, na visão patronal, são aqueles intitulados como gerentes de contas, gerentes pessoa física, gerentes pessoa jurídica, gerentes de produção, gerentes administrativos, entre outros rótulos, além daqueles com pomposas nomenclaturas de gerentes em língua estrangeira.

Em verdade, dentro de uma agência bancária apenas o gerente geral da agência é quem detém cargo de confiança, posto que autoridade máxima naquele estabelecimento, o que lhe gera prestação de contas, em regra, a um superintendente regional que não fica ali estabelecido.

Por outro lado, dentro da sede (área administrativa) é possível, em tese, que tenham mais detentores de cargo de confiança, embora muitos deles não o são e assim muitos reclamantes foram vitoriosos em ações trabalhistas. Apenas a título de exemplo pensamos que um auditor de agência – diretamente vinculado à presidência do banco – é detentor de cargo de confiança. Mas, ao mesmo tempo, não é esse o enquadramento para contabilistas e profissionais de tecnologia da informação, a nosso ver.

Em rebate aos argumentos patronais podemos dizer que, quando muito, esses gerentes que se encontram abaixo do gerente geral da agência podem apenas sugerir admissões, nomeações ou demissões, o voto destes no comitê da agência não tem poder de veto de operações bancárias se traduzindo em apenas um posicionamento pessoal, os acessos que estes têm a documentos é extensivo aos demais empregados bancários e com remuneração miserável à luz dos significativos lucros banqueiros ano após ano.

5. O PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 224 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO INSERIDO NA MEDIDA PROVISÓRIA 905/2019.

Uma vez descaracterizado o exercício de cargo de confiança bancária a jornada dos bancários, como regra geral, deve ser considerada como de seis horas diárias, a nosso ver.

Como consequência, no caso de terem exercido jornada de oito horas diárias, fazem jus os bancários à sétima e oitava horas como extraordinárias, com o adicional respectivo e com os seus reflexos.

Ao final do ano de 2018 houve a celebração de convenção coletiva de trabalho das categorias econômica e profissional, na qual foi inserida a cláusula 11ª, e seus parágrafos 1º e 2º, cujo teor é o seguinte:

Cláusula 11ª - O valor da gratificação de função, de que trata o parágrafo 2º do artigo 224 da CLT, será complementado aos comissionados das carreiras administrativa e Técnico-Científica sempre que seu montante não atingir o equivalente a 55% do valor do VP do A1 + anuênios do funcionário (VCP do ATS). Para os ocupan-

tes de comissões em extinção da carreira de Serviços Auxiliares será observado o VP inicial daquela carreira.

Parágrafo primeiro – Havendo decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no §2º do art. 224 da CLT, estando este recebendo ou tendo já recebido a gratificação de função, que é a contrapartida ao trabalho prestado além da 6ª (sexta) hora diária, de modo que a jornada somente é considerada extraordinária após a 8ª (oitava) hora trabalhada, o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado, com o valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado. A dedução/compensação prevista neste parágrafo será aplicável às ações ajuizadas a partir de 1º.12.2018.

Parágrafo segundo – A dedução/compensação prevista no parágrafo acima deverá observar os seguintes requisitos, cumulativamente:

- será limitada aos meses de competência em que foram deferidas as horas extras e nos quais tenha havido o pagamento da gratificação prevista nesta cláusula; e,
- o valor a ser deduzido/compensado não poderá ser superior ao auferido pelo empregado, de modo que não pode haver saldo negativo.

À época da assinatura do referido pacto normativo entre os entes sindicais já havíamos nos posicionado de forma contrária a essa cláusula, de manifesto prejuízo aos empregados bancários, além de não condizente com o direito.

Contudo, a Medida Provisória nº 905/2019 traz em seu bojo (parágrafo 4º do artigo 224 celetizado) redação semelhante ao contido no parágrafo 1º da referida cláusula normativa.

Sustemos, aqui, com todo o respeito à Presidência da República e ao Congresso Nacional, que o referido dispositivo da Medida Provisória não seja convertido em lei pelos motivos abaixo expostos:

- se o Poder Judiciário conclui, após ampla instrução, que não se trata de cargo de confiança bancária, em verdade a verba paga sob o rótulo “Gratificação de Função” ou “Comissão de Cargo” não tem essa natureza jurídica, mas sim, a natureza jurídica contraprestativa de “Salário” no sentido estrito da palavra. De lembrar que o *nomem iuris* dado ao pagamento não tem a menor relevância. Importa, sim, a natureza jurídica do pagamento;
- como consequência, se “Salário” é, não pode ser compensado com horas extras, eis que se tratam de verbas de natureza jurídica absolutamente distintas;
- por fim, se desconsiderado o labor em cargo de confiança, mais do que não permitir a compensação, a denominada “Gratificação de Função” ou “Comissão de Cargo” deve ser somada ao “Salário”, posto que pagamentos de mesma natureza jurídica, para fins de cálculo da sétima e da oitava horas como extraordinárias.

GENESIO VIVANCO

Presidente do Rotary Club de São Paulo - Santo Amaro, Anos 2001-02 e 2005-06
 Governador Assistente do Rotary International – D. 4.420 – Ano 2005-06
 Presidente do CRESCER – Centro Rotário Educacional, Social, Cultural e Recreativo
 Advogado – Turma 1965 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP)
 Professor Universitário (1977 a 1987) – Direito Constitucional e Processual Civil e do Trabalho
 Fundador e Diretor Financeiro do Instituto dos Advogados de Santo Amaro - IASA
 Consultor Jurídico em Direito do Empregador
 Conselheiro Diretor da Associação Comercial de São Paulo – Distrital Sul
 Conselheiro da Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas de São Paulo
 Conselheiro da Federação Brasileira de Entidades Sócio - Educacionais de Adolescentes
 Associado Fundador e ex-Presidente (1986-88) da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV
 Associado ex-Vice-Presidente (1977-1979) da Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região – AMATRA II
 Associado Fundador da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA
 Associado Fundador e Diretor Vice-Presidente da Associação dos Magistrados Aposentados da Justiça do Trabalho – AMAJUST

JUÍZES NÃO SÃO SERVIDORES PÚBLICOS

PARIDADE E INTEGRALIDADE DE VENCIMENTOS DE-CORREM DE GARANTIA E IMUNIDADE DA VITALICIEDA-DE. EC 20/98 NÃO É AUTOAPLICÁVEL, POIS DEPENDE DE RECEPÇÃO PELA LOMAN, NAQUILO QUE COUBER. INEFICÁCIA DA ALTERAÇÃO INTRODUZIDA NO INC. VI, DO ART. 93, DA CF, PREVALECENDO, ATÉ ALTERAÇÃO VÁLIDA PELO STF, O DISPOSTO NO ART. 74, DA LC 35/79.

- Presentemente, e já está demorando, por força de necessidade de adequação as normas decorrentes da Reforma do Judiciário e EC’s 20 e 40, impõe-se ao Supremo Tribunal Federal a elaboração de uma nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sob o império do constante no art. 93, da Constituição Federal, urgindo que se reflita sobre a importância de se preservar garantias de independência dos magistrados brasileiros, sob pena de, inclusive, desfi-gurar-se todo um Poder do Estado.
- Conquanto os agentes políticos do Estado devam servir ao público, a expressão **servidor público** é restrita aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com os ór-gãos e entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos de qualquer delas: União, estados, Distrito Federal, municípios e suas respectivas autarquias, funda-ções, empresas públicas e sociedades de economia mista.
- A partir da Constituição de 1988, desaparece o conceito de funcionário público, passando-se adotar a designação ampla de servidores públicos, distinguindo-se, no gênero, uma espécie: os servidores públicos civis, que receberam tratamento nos artigos 39 a 41.
- Por sua natureza, a expressão não engloba os **agentes políticos stricto sensu** do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), como do Poder Executivo (pre-sidente da República, ministros de Estado, governadores, secretários de Estado, prefeitos e secretários Municipais), ou do **Poder Judiciário**.
- Por isso, não são os juízes servidores públicos, ainda que devam bem servir ao público. São eles agentes políticos

do Estado, órgão do Poder Judiciário, pilares da Democra-cia, das garantias dos indivíduos frente ao Poder Público e, sobretudo, guardiães da própria legalidade e da hierarquia entre os Poderes do Estado.

- Como consequência irretorquível, são os magistrados **VIT-ALÍCIOS**, com **GARANTIAS** que não se estendem a ou-tros agentes políticos, em geral, e servidores públicos, em particular, **que com os juízes não se confundem**, eis que os servidores públicos se **curvam** a ordens, e os demais po-líticos se **curvam** as decisões judiciais, enquanto **os ma-gistrados se curvam apenas a sua consciência e aos di-tamos do Direito estabelecido conforme a Constituição**.
- E dentre essas garantias está a **integralidade dos venci-mentos e**, como consequência inevitável, **a paridade en-tre ativos e inativos**, estes em virtude de aposentadoria.
- Assim observado e obedecido, independentemente de uma pretensa inconstitucionalidade que se possa antepor a imposição, por via de disposição de um poder constitu-cional derivado, incompetente por isso, para alterar norma pétrea da Constituição original, a aplicação aos magistra-dos do “regime geral da previdência” dos servidores púb-licos, prevista no art. 40, CF, não é autoaplicável aos ma-gistrados, dependendo de ser recepcionado pela LOMAN e, portanto, deverá se sujeitar a disciplina regulamentar da Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Fede-ral. Consequentemente, deve-se ter como ineficaz, para os fins pretendidos pela EC 20, a disposição constante no inc. VI, do Art. 93, da CF.
- Concluindo, cabe a LOMAN dispor sobre a garantia de vencimentos integrais e paritários aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente o art. 40 como sendo regime previdenciário a ser observado pelo STF, na elaboração da LOMAN, de modo que é de rigor que seja declarada a **GARANTIA** a aposentadoria aos ma-gistrados, na forma do disposto no Art. 74, Lei Comple-mentar nº 35, de 1977:

“A aposentadoria dos magistrados vitalícios será compulsória, aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativo, após trinta anos de ser-viço público, com vencimentos integrais”

- A esse respeito, nos socorreremos de conceitos e argu-mentos deduzidos por um colega de toga, o Juiz Alexan-dre Nery de Oliveira, de Brasília¹, quando alerta para o fato de que, no momento “em que o Congresso Nacional examina a proposta de emenda à Constituição que altera a situação dos juízes ativos e inativos, **é imperioso refletir da importância de preservar GARANTIAS DE INDEPENDÊN-CIA DOS MAGISTRADOS brasileiros, sob pena de, inclu-sive, DESFIGURAR-SE TODO UM PODER DO ESTADO**”.
- Por isso, sustenta que, se “é certo que também os **agen-tes políticos** devem servir ao público, a expressão “**servi-dor público**” passou a **ter conotação restrita** em decor-rência da CF/88 (antes, cabe recordar, eram funcionários públicos)”. Assim é que ela **NÃO ENGLOBA**, “**de modo algum**, sejam os agentes políticos do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), sejam do Poder Executivo (presidente da República, ministros de Estado, governadores, secretários de Estado, prefeitos e secretá-rios Municipais), **sejam do Poder Judiciário (JUÍZES EM TODOS OS GRAUS)**”.
- E arremata:

“Não são os juízes servidores públicos, ainda que de-vam bem servir ao público na função de julgar. São os magistrados agentes políticos do Estado, órgãos do Po-der Judiciário, pilares da Democracia, garantias do in-divíduo frente ao Poder Público e guardiães da própria legalidade e da hierarquia entre os Poderes do Estado”.
- Por isso, como já alertara o ilustre magistrado:

*“... é hora de todos (mesmo alguns juízes) conscientiza-rem-se de que são OS MAGISTRADOS agentes políticos do Estado, com a missão de julgar e declinar interpretações da Lei sobre o Direito aplicável, no tentar enunciar pre-ceitos justos, a cada causa, ainda quando envolva podero-sos e francos, ou o próprio Poder Público. Por isso, são os magistrados VITALÍCIOS, e por isso têm GARANTIAS que NÃO SE ESTENDEM A OUTROS AGENTES POLÍTICOS, nem a servidores públicos, **que com os juízes não se confun-dem**, tanto assim que os servidores públicos se **curvam** a ordens, e os demais políticos se **curvam** as decisões judi-ciárias, enquanto **os magistrados se curvam apenas a suas consciências e aos ditames do Direito estabelecido conforme a Constituição**, eis que SÓ A ELES DEFERIU A CARTA MAGNA a **atribuição maior de dizer o Direito e a Justiça, SÓ A ELES deferiu jurisdição**”.*

1. *apud* Artigo “Juízes Não São Funcionários Públicos”, publicado pela Internet, site www.terravista.pt/copacabana, cópia anexa.

- E dentre estas GARANTIAS está a INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA, como “um valor su-premo perseguido pelo Estado Democrático de Direito, como a justiça e a segurança, ancorado no princípio ba-silar da separação dos poderes (guindado à condição de cláusula imutável pelo constituinte originário) e este, do seu turno, no da **independência dos juízes**, que para ser ver-dadeira e efetiva NECESSITA CONCRETIZAR-SE FORMAL E MATERIALMENTE, o que se dá também é precisamente ATRAVÉS DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA”².
- Ora, por mais esse argumento, ou porque **não é servidor público**, inexistente fundamento legal para que se possa de-terminar o “desconto” dos proventos de aposentadoria de valores para contribuição “para o custeio do regime de que trata o Art. 40 da Constituição Federal”.
- Efetivamente, se é certo que, mesmo atentando aos prin-cípios da independência e da separação dos Poderes, como já alertado por Grijalbo Coutinho, através da EC 20 modificou-se a disposição do Art. 93, inciso VI, no sentido de aplicar-se aos magistrados o regime geral da previdên-cia, do Art. 40 da Constituição Federal, não menos cer-to é que **ficou expressamente consignado** que, em se tratando de magistrado, a regulamentação do respectivo regime, **observado o disposto no art. 40, DEVERÁ SER DISPOSTA ATRAVÉS DE LEI COMPLEMENTAR, DE INI-CIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.
- Assim, portanto, tratando-se de princípio, **a ser observado em Lei Orgânica da Magistratura, DE EXCLUSIVA INICIA-TIVA LEGISLATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, o inciso VI, do artigo 93, **NÃO É AUTOEXECUTÁVEL**.
- Por isso que, não encontramos, no mencionado art. 4º, da EC 41, qualquer referência aos **membros do Poder Judiciário**, a par dos “servidores inativos e os pensionis-tas da União”, como SUJEITOS obrigados à contribuição a que se refere.
- E não se diga que a expressão “servidor público” **INCLUI** os magistrados, pois não se pode assim admitir, não ape-nas pelos argumentos já deduzidos acima, mas, e princi-palmente, porque, em termos legislativos, sempre que o texto constitucional quer incluir os “membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos defensores de mandato eletivo e dos demais AGENTES POLÍTICOS”, a eles se refere **EXPRES-SAMENTE** (cf. Art. 37, XI, da CF; art. 1º, da EC 41).
- Concluindo, cabe a LOMAN dispor sobre a garantia de ven-cimentos integrais e paritários aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente o art. 40 como sen-do regime previdenciário a ser observado pelo STF, na ela-

2. “Magistratura e Previdência: Mitos e Realidades”, Romano José Enzweiler, Juiz de Direito em Santa Catarina, *apud* Site da AMB, www.amb.com.br, cópia anexa.

boração da LOMAN, de modo que é de rigor a garantia da aposentadoria aos magistrados, voluntariamente, após 30 anos de serviço prestado ou, compulsoriamente, com 75 anos (com a redação dada pela chamada Lei da Bengala), em ambos os casos com vencimentos integrais, na forma do disposto na Lei Complementar nº 75, de 1977.

DA E.C. Nº 41 E A ADIN Nº 3.105/2004 - STF.

22. Ressalta abrir-se um parêntese para se examinar a questão a luz da ADIn nº 3.105/2004, julgada em 18/08/2004 pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando a CONSTITUCIONALIDADE do Art. 4º, da Emenda Constitucional nº 41, e **afastando** a alegação de **DIREITO ADQUIRIDO**, formulada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em favor de **SERVIDORES INATIVOS, e sua REPERCUSSÃO em relação à pretensão aqui formulada**.
23. A propósito da IMUNIDADE acima sustentada, o Senhor Ministro CEZAR PELUSO – eminente Relator – em seu voto vencedor teceu considerações a respeito da **DIFERENÇA** que existe entre **DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO DE PREVIDÊNCIA** e **IMUNIDADE DE TRIBUTAÇÃO**, razão porque nos permitimos fazer a seguinte transcrição, da parte respectiva:

“[...] **o direito adquirido ou exaurido**, não precisaria dizê-lo, só se caracteriza como **situação tutelada**, INVULNERÁVEL À EFICÁCIA DA LEI NOVA, quando haja **norma jurídica que o contemple como tal** no segundo membro de sua estrutura lingüística (proposição normativa), como consequência jurídica da perfeita realização histórica (fatispecie concreta) do fato hipotético previsto, como tipo (fatispecie abstrata), no primeiro membro da proposição normativa”.

Talvez conviesse recordar ao propósito, conquanto em esquema simplificado, que toda norma jurídica prática, cuja vocação está em induzir comportamento, prevê, na primeira cláusula de sua formulação lingüística, enunciada em termos típicos, mas complexos, fato ou fatos de possível ocorrência histórica (*fatispecie* abstrata), e liga à sua realização completa no mundo físico (*fatispecie* concreta), por imputação ideal (*causalidade normativa*), na segunda cláusula, a produção de certo efeito ou efeitos jurídicos, redutíveis, de regra **às categorias conceituais de obrigações ou de direitos subjetivos**.

De modo que, reproduzido na realidade, em toda a sua inteireza, com a ocorrência do fato, o modelo ou tipo normativo, descrito como hipotético na primeira cláusula, dá-se no mundo jurídico, o fenômeno de *incidência* da norma sobre o fato (ou *subsunção* do fato à norma), mediante o qual o fato realizado *se juridiciza* e, fazendo-se jurídico, isto é, **DIREITO RECONHECIDO A TITULAR OU TITULARES PERSONALIZADOS**³ (com adjetivo possessivo). Daí

afirmar-se:

“Inexiste direito subjetivo sem norma incidente sobre fato do homem ou sobre o homem como fato: sobre seu mero existir ou sobre conduta sua. O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito. Isso quer nos direitos subjetivos absolutos, privados ou públicos, quer nos direitos subjetivos relativos”.

24. Dentro de tais conceitos, portanto, ao discriminar o magistrado na norma assecuratória dos **VENCIMENTOS integrais** na aposentadoria, a Constituição Federal, JURISDICIZOU O MAGISTRADO COMO **FATO** SOBRE QUE DEVE INCIDIR A **NORMA**, de forma que se deve reconhecê-lo como **TITULAR PERSONALIZADO DE TAL DIREITO (com adjetivo possessivo)**.
25. Logo, tratando-se uma garantia constitucional, consubstanciada numa **imunidade** concedida por norma expressa da Constituição, ela não pode ser alterada senão por nova norma constitucional originária, não derivada, pois esta se contraporia ao complemento da norma de regência da garantia, de regulamento vinculado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 93, *caput*, da Constituição Federal.

26. Conseqüentemente:

1. Cabe a LOMAN, e apenas a ela, dispor sobre as garantias da magistratura, por força do comando constitucional do Artigo 93, CF;
2. Conseqüentemente, só ela pode reger a disciplina de vencimentos aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente a EC 20/98;
3. De fato, ao alterar redação ao artigo 93, inc. VI, da CF, introduzindo o regime previdenciário único, dos servidores públicos para os magistrados, não respeitou a regra dispositiva para a elaboração da LOMAN;
4. Conseqüentemente, não cumprido o quanto imposto no *caput* do Art. 93, da CF, é totalmente ineficaz a pretendida alteração imediata de seu inciso VI;
5. Isto posto, enquanto não alterada, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, deve ser respeitada a GARANTIA a aposentadoria aos magistrados, na forma do disposto no Art. 74, Lei Complementar nº 35, de 1977: **“A aposentadoria dos magistrados vitalícios será compulsória, aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativo, após trinta anos de serviço público, com vencimentos integrais”.**

28. Isto posto, cabe ser declarada, pelas vias ordinárias, INEFICAZ a alteração em causa, por não recepcionada pela Constituição por força do contido, repita-se, no *caput* do Artigo 93, no que se refere a LOMAN e os direitos e deveres da magistratura.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP
Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo
Professor Universitário

JÉSSICA TURQUINO ZEQUIM

Pós-Graduada em Processo Civil pelo Damásio Educacional
Advogada

O FIM DA ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS NO DIREITO DO TRABALHO

RESUMO

O direito do trabalho serve como instrumento para a pacificação social, tendo como norte a melhoria das condições laborais. As fontes das quais se vale, como é sabido, não se restringem à legislação editada pelo Estado. Os grupos que compõem as relações de trabalho, como destinatários das regras, também criam normas, por negociações das quais resultam os acordos coletivos e as convenções coletivas de trabalho. Dissenso jurisprudencial reinou, por muito tempo, sobre a possibilidade de extensão dos efeitos das cláusulas normativas para além do período fixado para sua vigência. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), na última redação dada à Súmula 277, adotou, neste particular, a teoria da aderência limitada por revogação, também denominada ‘ultratividade condicionada’. Por este entendimento, os efeitos das cláusulas normativas perduram até o advento de novo instrumento coletivo. Com a edição da Lei nº. 13.467/2017, no entanto, impediu-se a ultratividade da norma coletiva, limitando-se seus efeitos ao período de vigência, em nova redação dada ao artigo 614, § 3º., da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Estudar as conseqüências de referida alteração legislativa para as relações de trabalho é a proposta deste artigo.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do Trabalho; Norma Coletiva; Ultratividade; Reforma Trabalhista.

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho busca reger as relações laborais a partir de um conjunto de princípios e regras. Suas fontes são influenciadas por fatores políticos, econômicos e sociais (fontes materiais) e se exteriorizam no ordenamento jurídico com o conteúdo de normas jurídicas (fontes formais). Dividem-se em fontes autônomas e heterônomas, as quais são criadas por seus destinatários ou pelo Estado, respectivamente.

Este estudo versará sobre as fontes formais autônomas do direito do trabalho, também chamadas negociais. Decorrem do princípio da autonomia privada coletiva e são as estabelecidas por negociações coletivas mantidas entre sindicatos de empresas e de trabalhadores ou entre uma ou mais empresas e sindicato de empregados, resultando em convenções e acordos coletivos de trabalho.

O TST dispõe sobre a vigência das normas coletivas de trabalho na Súmula 277, cuja redação passou por modificações. Adotou-se, em seu mais recente texto, a teoria da ultratividade condicionada ou da aderência limitada por revogação. Inicial-

mente, adotava o entendimento de que as cláusulas normativas deveriam surtir efeitos apenas pelo período de vigência. No entanto, foi modificado, para se consagrar o pensamento de que os direitos criados por normas coletivas deveriam integrar os contratos individuais de trabalho até o advento de novo instrumento normativo, com vistas a se evitar o hiato de regras autônomas.

O artigo 867, § único, letra b, da CLT¹, dispõe que o dissídio coletivo deve ser instaurado nos sessenta dias anteriores ao termo final da norma coletiva para que a vigência do novo instrumento normativo inicie-se imediatamente. No entanto, a CLT não regulava, de forma expressa, a situação de falta de cláusulas normativas após o término da vigência do respectivo instrumento normativo, situação na qual os trabalhadores ficam desprovidos dos direitos anteriormente convenencionados.

Pela aplicação da teoria da ultratividade condicionada, também denominada de ‘limitada por revogação’, permite-se a continuação da vigência das cláusulas normativas após o término do prazo e até o advento de novo instrumento normativo, evitando-se que a categoria fique sem regras específicas de trabalho autonomamente convenencionadas. Assim, segundo este entendimento, somente nova norma coletiva revogaria a anterior. Trata-se da chamada ‘aderência contratual das normas coletivas limitada por revogação’.

Este pensamento foi adotado na última redação dada à Súmula 277 do TST, mas ficou prejudicado pelas modificações trazidas pela Lei nº. 13.467/2017 no § 3º., do artigo 614, da CLT. O presente estudo versará, assim, sobre o fim da ultratividade dos instrumentos normativos e seus reflexos nas relações laborais, a partir da evolução jurisprudencial e das alterações levadas a efeito na legislação trabalhista.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA ULTRATIVIDADE NORMATIVA

É o fenômeno pela qual a norma coletiva de trabalho permanece ativa após o prazo estipulado para sua vigência, até

1. Artigo 867 da CLT: Da decisão do Tribunal serão notificadas as partes, ou seus representantes, em registrado postal, com franquia, fazendo-se, outrossim, a sua publicação no jornal oficial, para ciência dos demais interessados. Parágrafo único: A sentença normativa vigorará: a) a partir da data de sua publicação, quando ajuizado o dissídio após o prazo do art. 616, § 3º, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, da data do ajuizamento; b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio no prazo do art. 616, § 3º.

3. No caso, MAGISTRADOS.

que seja revogada por novo instrumento normativo. Hernandez (2006, p. 82) leciona que “de forma geral, têm-se ultratividade quando a eficácia de uma norma coletiva vai além do prazo de validade, quando se verifica a sobrevivência do estabelecido nas normas coletivas após a expiração de seu prazo de vigência”.

Existem quatro teorias sobre a possibilidade de extensão da vigência da norma coletiva (ultratatividade): a) aderência irrestrita; b) aderência limitada pelo prazo; c) aderência limitada por revogação; d) aderência por parte das cláusulas (JORGE NETO, 2012). Pela primeira delas, as cláusulas normativas incorporam-se aos contratos de trabalho de forma absoluta e não são passíveis de revogação posterior. Para Delgado (2012, p. 160), por referida teoria:

Os dispositivos de tais diplomas ingressam para sempre nos contratos individuais, não mais podendo deles ser suprimidos. Na verdade, seus efeitos seriam aqueles inerentes às cláusulas contratuais, que se submetem à regra do artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Trata-se de interpretação extensiva do artigo 468 da CLT, que consagra o princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho. Pela aplicação deste princípio às relações coletivas de trabalho, as cláusulas mais benéficas de instrumentos normativos integrariam, em definitivo, os contratos de trabalho dos integrantes da categoria, mesmo na superveniência de novas regras. Aplica-se, por analogia, o entendimento consagrado na Súmula 51 do TST, que resguarda de eventuais alterações nas regras de regulamentos empresariais os trabalhadores contratados antes de sua ocorrência. A teoria em referência tem como seguidores Michel Despax (França), Bernardo da Gama Lobo Xavier (Portugal), Arnaldo Süsskind, Délio Maranhão, José Martins Catharino e Mozart Victor Rusomano. É o que leciona Jorge Neto (2012, p. 52):

Os que defendem a aderência irrestrita invocam por fundamentos: (a) aplicação extensiva do artigo 468 da CLT, de forma que o conteúdo das disposições coletivas anexar-se-ia de forma permanente ao contrato de trabalho (princípio da norma jurídica mais favorável), não podendo mais ser afastados, ainda que ulteriormente sobrevenham outras normas convencionais; (b) a figura do direito adquirido (aplicação da inteligência da Súmula 51 do TST).

Por outro lado, a teoria da aderência limitada sustenta que as cláusulas normativas integram o contrato de trabalho apenas durante os períodos de vigência dos instrumentos normativos, que são de dois anos para as convenções e os acordos coletivos e de quatro anos para as sentenças normativas. Esta linha de entendimento foi adotada na redação original da Súmula 277 do TST, mas foi posteriormente substituída pela terceira das teorias supra relacionadas. Tem por defensores Gino Giugni (Itália), Jean-Claude Javillier (França) e os brasileiros Orlando Gomes, Wilson de Souza Campos Batalha e Enoque Ribeiro dos Santos (JORGE NETO, 2012).

Delgado (2012, p. 160-161) entende que a teoria mais adequada nesta temática é a da aderência limitada por revogação, segundo a qual as normas coletivas devem surtir efeitos até posterior revogação, seja ela expressa ou tácita:

É óbvio que a revogação consumir-se-ia não apenas de modo expresso, podendo também se passar tacitamente (tal como acontece com qualquer *norma jurídica*). A revogação tácita ocorreria, por exemplo, em virtude de o novo diploma regular o conjunto de matéria omitindo preceitos da velha Convenção ou Acordo Coletivo, independentemente de haver efetiva incompatibilidade entre dispositivos novos e antigos; ocorreria também se despontasse incompatibilidade entre os preceitos confrontados. Tal posição é tecnicamente mais correta, por se estar tratando de norma jurídica – e norma provisória é, em regra, uma excepcionalidade. Doutrinariamente é também mais sábia, por ser mais harmônica aos objetivos do Direitos Coletivo do Trabalho, que são buscar a paz social, aperfeiçoar as condições laborativas e promover a adequação setorial justabalhista. Ora, a provisoriedade conspira contra esses objetivos, ao passo que o critério da aderência por revogação instaura natural incentivo à negociação coletiva. (destaque do original)

A última das teorias acima relacionadas, a de aderência por parte das cláusulas, reza que a incorporação da cláusula normativa ocorre apenas durante a vigência do instrumento coletivo e sem integração definitiva aos contratos individuais de trabalho, salvo para as vantagens individuais. Nascimento (2000, p. 360) ensina que:

A minha opinião é que as cláusulas de natureza obrigacional não se incorporam nos contratos individuais de trabalho porque não têm essa finalidade e, dentre as cláusulas, há que se distinguir, em razão do prazo estabelecido e da natureza da cláusula, aquelas que sobrevivem e as que desaparecem. Um adicional por tempo de serviço é, por sua natureza, algo que se insere nos contratos individuais de trabalho, se as partes não estipularam condições ou limitações à sua vigência. Um adicional de horas extraordinárias é obrigação que, tendo em vista a sua natureza, vigora pelo prazo em que a convenção coletiva perdurou. Desse modo, a resposta depende da verificação, em cada caso concreto, da cláusula em questão.

A ultratividade das normas coletivas, em resumo, pode ser classificada como condicionada ou incondicionada. Pela primeira classificação, a cláusula normativa pode ser extinta ou ter a abrangência reduzida com a superveniência da nova norma coletiva, o que equivale à teoria da aderência limitada por revogação. Pela segunda, os direitos conquistados por negociação coletiva incorporam-se definitivamente ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, como sustentam os adeptos da teoria da aderência irrestrita.

A última redação dada à Súmula 277 do TST visou evitar lacunas normativas, ao adotar a teoria da aderência limitada

por revogação (ultratatividade condicionada). Mas em sua original redação, referida súmula consagrava o entendimento pela limitação dos efeitos ao prazo de vigência da cláusula normativa. Segundo Delgado (2012, p. 3):

Argumentava-se que o novo critério era o que melhor expressava os avanços da nova Constituição da República, ao conferir novo *status* à negociação coletiva trabalhista, sufragando ainda estímulos reais para que as partes coletivas – sindicato de trabalhadores e empresas ou sindicatos de empregadores – realmente se sentissem instigadas a buscar a negociação coletiva e celebrar novos instrumentos normativos. Considerado esse novo e superior critério, o instrumento coletivo negociado permaneceria eficaz, quanto aos contratos de trabalho existentes, até que novo instrumento coletivo negociado despontasse, revogando-o expressamente ou de modo tácito. Agregava-se, finalmente, o argumento no sentido de que apenas o critério da aderência contratual das normas coletivas limitada por revogação é que iria garantir a real efetividade ao princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho.

A mudança de entendimento pelo TST visou legitimar o critério de aderência contratual das normas coletivas limitada por revogação e dar efetividade ao princípio da equivalência dos grupos contratantes, inerente ao direito coletivo do trabalho (DELGADO, 2012). A adoção de referido critério evitava as lacunas normativas geradas pela cessação do prazo de vigência dos direitos previstos em instrumento normativo que não viriam a ser contemplados em nova negociação coletiva, após lapso temporal de vazio de regras autônomas. Pinto (1998, p. 73) não concorda com este pensamento:

A existência de um prazo-limite de vigência justifica-se exatamente para propiciar maior habitualidade na negociação e reelaboração das normas, adaptando-as à realidade socioeconômica e às possibilidades e necessidades das partes envolvidas (*rebus sic stantibus*). É incongruente, então, que as partes negociem alguma condição por tempo determinado e, depois, ocorra sua prorrogação no tempo e incorporação aos contratos de trabalho (...) Não se pode falar em direito adquirido, posto que este é exercitável a qualquer tempo independentemente do arbítrio de outrem (artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). A alteração de previsões normativas coletivas obsta a aquisição individual de direitos posterior à mudança, tornando inexistente a figura do direito adquirido. Cláusula revogada ou expirada deixa de ter eficácia e não gera direitos. Não há direito adquirido a condições ou benefícios estabelecidos em preceito que deixa de integrar a ordem jurídica positiva, salvo se o implemento das condições se der na constância da norma.

Pinto (1998) entende que é preciso estimular novas negociações coletivas para se ajustar os instrumentos normativos à realidade dos grupos nela envolvidos. Não vê lógica em se

negociar condições por determinado prazo com posterior prorrogação automática e sustenta que não há direito adquirido às antigas condições contratadas coletivamente frente à possibilidade de alteração dos instrumentos normativos.

Verifica-se, deste modo, que a doutrina não tem pensamento unânime sobre a questão em estudo, dissenso que refletia na jurisprudência dos Tribunais brasileiros antes do advento da Lei nº. 13.467/2017.

3. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ULTRATIVIDADE NORMATIVA

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso XXVI, valorizou os instrumentos normativos e as negociações coletivas. Permitiu, inclusive, a flexibilização de regras relativas aos direitos fundamentais, entre quais salários e horas de trabalho (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV). Possibilitou dispor sobre determinados direitos mediante o exercício da autonomia privada coletiva, inclusive para permitir a negociação *in pejus*, excepcionalmente e para atender aos interesses da categoria profissional como um todo.

A redação original da Súmula 277 do TST, que é de 1988, aludia apenas às sentenças normativas na origem, sem mencionar as convenções e os acordos coletivos de trabalho². Estava em consonância com o artigo 868, § único, da CLT, que preceitua que “o Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a quatro anos”. Embora não se referisse às convenções e aos acordos coletivos de trabalho, referidos instrumentos coletivos eram alcançados por aplicação analógica de referido entendimento jurisprudencial, que não conferia ultratividade às cláusulas normativas.

Os argumentos contrários ao entendimento sumulado em questão tinham como fundamento o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que preceituava, em redação original, o seguinte:

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, **respeitadas as disposições convencionadas e legais mínimas de proteção ao trabalho.** (destacamos)

Os adeptos deste pensamento sustentavam que o poder normativo da Justiça do Trabalho deveria atuar apenas no vazio da norma coletiva e nos limites das disposições mínimas de proteção do trabalho antes convencionadas ou fixadas em sentença normativa. Na falta de instrumento coletivo, as antigas cláusulas continuariam integradas aos contratos individuais de trabalho dos trabalhadores da categoria, mesmo depois de expirado o prazo de vigência e até que outro instrumento as revogasse.

2. Súmula 277 do TST (redação original): Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, aos contratos.

Esta corrente de pensamento ganhou força com a edição da Lei nº. 7.788 de 1989, que dispôs sobre a Política Nacional de Salários. No artigo 1º, § único, estabeleceu que “as vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores nas convenções e acordos coletivos só poderão ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos coletivos posteriores”, porém foi revogada pelo artigo 14 da Lei nº. 8.030 de 1990³.

A Lei nº. 8.222, de 1991, também buscou regular a matéria, mas o Presidente da República vetou seu artigo 1º, § único⁴. As razões do veto foram no sentido de que o dispositivo legal atribuía indevidamente vigência ilimitada às normas coletivas de trabalho, em detrimento das disposições de lei que deveriam regular a relação entre as partes após o fim do prazo de vigência. Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº. 8.542, de 1992, que, no artigo 1º, *caput*, prescreveu que “a Política Nacional de Salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva”, e, no § 1º, o seguinte:

As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho **integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.** (destacamos)

A interpretação legislativa pela incorporação das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, naquele momento, foi firmada em liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 18490. No entanto, o parágrafo supracitado foi revogado pelo artigo 17, da Medida Provisória 1.053, de 1995, cuja última reedição foi determinada pela Medida Provisória nº. 2.074-73, de 25 de janeiro de 2001, convertida na Lei nº. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que tratou da revogação no artigo 18.

A Súmula 277 do TST não foi alterada naquela ocasião, pois foi mantido o limite temporal não ultrativo das cláusulas da sentença normativa e, por analogia, das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. Mas a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, ao atribuir nova redação ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ressuscitou a polêmica jurídica. Permitiu entender que as cláusulas normativas anteriormente convenionadas tinham ultratividade e somente perderiam seus efeitos pelo advento de novos instrumentos coletivos que as revogassem, nos seguintes termos:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a

3. Artigo 14 da Lei nº 7.788 de 1989: Ficam revogados o Decreto-Lei nº 808, de 4 de setembro de 1969, a Lei nº 7.769, de 26 de maio de 1989, a Lei nº 7.788, de 3 de julho de 1989, e o art. 2º da Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989, e as demais disposições em contrário.

4. Lei nº. 8.222, de 1991, § único: As vantagens asseguradas aos trabalhadores nos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

Justiça do Trabalho decidir o conflito, **respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente.** (destacamos)

A Súmula 277 do TST não se coadunava com o novo dispositivo constitucional e sua redação, modificada em 2009, manteve a dissonância com o entendimento pela negativa dos efeitos ultrativos aos instrumentos normativos, exceto quanto ao período de 23.12.1992 a 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº. 8.542/1992.⁵ Para mudar este panorama, o TST editou, em 2014, o Precedente Normativo nº. 120, que foi considerado como precursor da adoção da teoria da aderência limitada por revogação, ao prever a vigência ultrativa das normas coletivas para os casos em que não houvesse negociação coletiva superveniente. Hazan (2012, p. 395) sustenta que se tratou de ultratividade *sui generis*, com a adoção apenas em parte da teoria da aderência contratual limitada por revogação:

Percebe-se, com isso, que o TST, no que tange às sentenças normativas, resolveu adotar parcialmente a lógica da teoria da aderência contratual limitada por revogação. Parcialmente porque, de um lado, criou a possibilidade de se ultrapassar o prazo inicialmente fixado para a vigência do instrumento (ultratividade), mas, de outro lado, a limitou a ultratividade ao prazo máximo fixado por lei. Trata-se, a nosso ver, de uma ultratividade *sui generis*, limitada pela revogação a partir da criação de um novo instrumento normativo e, também, pelo prazo máximo de quatro anos.

Delgado (2011, s/p) esclareceu os propósitos do Precedente Normativo nº. 120 do TST da seguinte forma:

O objetivo do precedente é assegurar aos trabalhadores a manutenção das condições da sentença normativa mesmo depois de vencido o prazo original (geralmente de um ano), a fim de preservar a estabilidade dos direitos ali previstos. Isso evita que haja um vácuo jurídico, quando termina a vigência de uma sentença normativa e a categoria ainda não conseguiu criar outro instrumento, explica o ministro Maurício Godinho Delgado, integrante da SDC. De acordo com o ministro, a edição do precedente é uma forma de adaptar a jurisprudência da SDC à nova realidade do direito coletivo do trabalho após a Emenda Constitucional nº 45, que passou a exigir a concordância de ambas as partes para o ajuizamento do dissídio. Não há, porém, qualquer prejuízo às categorias mais fortes e organizadas que preferirem prazo de vigência menor, por terem mais

5. Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009) - Res. 161/2009, DEJT 23, 24 e 25.11.2009. I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos **vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.** II - Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23/12/1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14/02/2001. (destacamos)

condições de negociação e pressão no âmbito coletivo, assinala. A redação incorpora, parcialmente, o princípio da ultratividade das normas coletivas, respeitando, contudo, o prazo máximo legal de quatro anos.

Em setembro de 2012, o TST mudou totalmente a redação da Súmula 277, para reconhecer efeitos de ultratividade aos instrumentos normativos, em consonância com o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, nos termos a seguir: “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Ministros do TST expuseram os motivos que levaram à alteração de referida Súmula (CARVALHO, A. C. L. de; CORRÊA, L. B.; MELLO FILHO, L. P. V. de.; 2016, s/p):

[...] cumpre reiterar que a Súmula 277 foi editada pelo TST com uma única finalidade: dar aplicabilidade prática ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, ao exigir que a negociação coletiva preserve “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente”. Não foi sem razão que tanto a AGU como a PGR manifestaram-se no sentido da inexistência de qualquer inconstitucionalidade.

A última redação dada à Súmula 277 do TST, como visto, adotou a teoria da aderência limitada por revogação, também chamada conhecida como teoria da ultratividade condicionada. Para Delgado (2010, p. 1-2):

É importante verificar que tal compreensão não foi propriamente inovada na semana institucional do TST. É fato que a Subseção de Dissídios Individuais e as oito turmas observavam, como é praxe em uma corte jurisdicional de uniformização, a jurisprudência outrora construída a propósito das relações individuais de trabalho, mas também o é que a Seção de Dissídios Coletivos já vinha a reclamar, faz algum tempo, a análise do tema na perspectiva da ultratividade. A propósito, desde abril de 2008 (mais de quatro anos antes da nova redação da Súmula nº 277, portanto), a SDC-TST já possuía interpretação firme e reiterada acerca da ultra-atividade das regras da sentença normativa, admitindo a vigência desse diploma jurídico especial até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo de quatro anos de vigência. Além do mais, com a nova redação da súmula, o TST não mais do que assentou o entendimento consagrado, desde a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, no art. 114, § 2º, da Constituição Federal.

O Precedente Normativo nº. 120 do TST já havia evidenciado que o antigo posicionamento, de se limitar temporalmente os efeitos dos instrumentos normativos, vinha perdendo espaço na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. No entanto,

opunham-se a este entendimento os doutrinadores que sustentam que, como fontes do direito do trabalho, as normas coletivas não podem sofrer interferências externas na elaboração, dada a prevalência do princípio da autonomia privada coletiva. Aduzem que as relações de trabalho são dinâmicas e evolutivas, o que recomendaria a revisão das normas coletivas para sua eficácia e com vistas a atender à realidade social do grupo envolvido na negociação.

Ainda quanto à mudança de redação de Súmula 277 do TST, Menezes (2017, p. 434-435) faz o seguinte comentário:

Outra leitura possível contra a redação atual da Súmula n. 277 poderia argumentar que as negociações coletivas correm o risco de “engessamento”. Empregadores não concederiam mais benefícios e vantagens porque teriam dificuldade em suprimi-los no futuro. Com a devida vênia, vai nessa argumentação muito exagero, pouca sinceridade e uma leitura apressada do novo verbete do TST acerca da incorporação das cláusulas coletivas. Com efeito, estudos pontuam que as negociações coletivas no Brasil, nas décadas passadas, não foram exatamente marcadas pelo avanço nas negociações coletivas, menos no tocante à progressão de direitos. Ao contrário, com algumas notáveis exceções, o que se constata é a estagnação ou, pior ainda, tentativas de supressão de vantagens e direitos laborais.¹² Ora, esse foi justamente o período de vigência da redação anterior da Súmula n. 277 que vedava a ultratividade... (...) Do que se conclui que o “engessamento” vinha justamente da antiga redação da Súmula n. 277, absolutamente desfavorável às categorias profissionais.

A alteração da norma coletiva para melhor deve ser a regra no direito do trabalho, pois a Constituição Federal de 1988 não impôs limite para o advento de novos direitos que aprimorem a condição social dos trabalhadores, ao abrigar o princípio da proteção e prestigiar as convenções e os acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, *caput* e inciso XXVI). Assim, é pacífico o entendimento de que os instrumentos normativos de trabalho podem ser alterados para ampliar direitos, ainda que sejam alcançados pela teoria da ultratividade condicionada. Já as alterações *in pejus* constituem exceção à regra em estudo, pois esbarram nos limites ao exercício da autonomia privada coletiva, ditados pelo artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988. São permitidas alterações prejudiciais aos trabalhadores apenas em situações especiais, para se evitar maiores malefícios à categoria profissional.

Por outro lado, há que se considerar que a aderência da norma coletiva, prestigiada na última redação dada à Súmula 277 do TST, alcançava apenas as condições mais favoráveis aos trabalhadores. Se houvesse diminuição de salários, por exemplo, não haveria ultratividade após o fim da vigência da norma. O TST modulou a aplicação do entendimento relativo aos efeitos ultrativos, para que abrangesse apenas os instrumentos normativos celebrados após a última alteração do texto da Súmula 277, que é de 2009.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) chegou a ajuizar Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental n.º 323 (ADPF), perante o STF, contra a última redação dada à Súmula 277 do TST. Sustentou que a atribuição de efeitos ultrativos aos instrumentos normativos do trabalho afrontaria os princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade. Obteve decisão liminar favorável, para suspender a tramitação dos processos nos quais se discutia a ultratividade de normas coletivas, mas seus efeitos tornaram-se desnecessários após recente mudança na legislação trabalhista. Segue comentário de Menezes (2017, p. 438) sobre referida decisão:

Sem também qualquer pretensão de tecer críticas e juízos de valor sobre a excelsa decisão, certo é que algumas consequências já se fazem sentir. Com efeito, além de dezenas, em breves centenas, de processos paralisados na já asoberbada Justiça do Trabalho, constatamos que empresas e sindicatos patronais estão a usar a sobredita decisão como meio para inviabilizar negociações coletivas, ajuizamento e julgamento de dissídios coletivos e até o desenrolar de demandas individuais. Ademais, em um contexto onde se esperam os desdobramentos deletérios da chamada “Reforma Trabalhista” (terceirização ampla das atividades empresariais; dilatação dos prazos e hipóteses de utilização de contratos temporários e derrogação do legislado em prol do trabalhador hipossuficiente por acordos e negociações coletivas etc.), supostamente dirigida à modernização das relações laborais, é com apreensão que muitos, como os juristas e ilustres magistrados acima citados, refletem sobre os percalços que podem ser gerados à progressividade dos direitos e ao não retrocesso jurídico e social no plano coletivo.

A mudança na redação da Súmula 277 do TST visou assegurar maior segurança jurídica aos trabalhadores e incentivar as empresas a buscar a negociação coletiva ao final do período de vigência da norma anterior, evitando-se a lacuna de direitos autonomamente estabelecidos. Este cenário foi completamente alterado com o advento da Lei n.º 13.467/2017, que deu nova redação ao artigo 614, § 3º, da CLT, para dispor que as cláusulas normativas surtem efeitos apenas pelo período de vigência, não integrando em definitivo os contratos individuais de trabalho. Terminou com a discussão jurisprudencial quanto aos limites temporais do poder negocial coletivo, mas fez surgir outra, relativa às matérias de que pode tratar, em especial pela inserção dos artigos 617-A e 617-B da CLT.

4. A REFORMA TRABALHISTA E O FIM DA ULTRATIVIDADE NORMATIVA

A Lei n.º 13.467/2017, que reformou a legislação trabalhista consolidada, modificou a redação do artigo 614, § 3º, da CLT, como já se mencionou, para dispor que “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

A nova regra, ao invés de incentivar as negociações coletivas, pode ter o efeito contrário de inibi-las, especialmente com o enfraquecimento das entidades sindicais, gerado, entre outras mudanças na lei, pela diminuição do poder negocial

da classe trabalhadora decorrente do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

As empresas não terão interesse em buscar a via negociada para a criação de normas trabalhistas, sobretudo porque se destinam a ampliar direitos, como regra. Possivelmente, buscarão fazê-lo com a intenção de reduzir conquistas trabalhistas, inclusive para as hipóteses em que a Constituição Federal de 1988 não ressalve a possibilidade. Esta atitude, que não seria frutífera para as relações coletivas de trabalho, poderia desafiar a apresentação de medidas judiciais que discutam a constitucionalidade das novas cláusulas normativas. Ainda segundo Menezes (2017, p. 438/439):

Na defesa da nova redação da Súmula n. 277, vale aqui questionar a assertiva de que o verbete desestimularia a negociação coletiva. Ao contrário, constitui um importante incentivo, pois garante conquistas anteriores em um momento em que as entidades sindicais obreiras não estão lá muito fortalecidas... É o que aponta a realidade quando constatamos um sem número de acordos e convenções daninhos aos trabalhadores, tentando derrogar inclusive o que estabelecido na Constituição e na lei como o mínimo indispensável. (...) Modernizar a legislação trabalhista não pode se constituir em um biombo para precarizar, desregular, fragilizar o trabalho e quem o presta. Ao contrário, a modernização deve ser dirigida à progressividade de direitos (caput do artigo 7º da Constituição Federal), ou seja, à inclusão daqueles que estão desprotegidos, à elaboração de normas inclusivas para as novas ocupações surgidas e à criação de mais direitos para os trabalhadores em geral; ao fortalecimento das entidades sindicais dos trabalhadores e ao estímulo das negociações coletivas benéficas com a coibição das derrogatórias de direitos (ao menos nos moldes da Súmula n. 277, com a redação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2012) e a ampliação do direito de greve, com o fim das restrições impostas pela lei e pela jurisprudência.

É certo, por outro lado, que se as condições anteriormente negociadas forem voluntariamente mantidas após o período de vigência da norma coletiva, poderão caracterizar outra fonte do direito: os usos e costumes. Resultarão delas direitos adquiridos pela prática habitual de sua concessão pela empresa, nos termos do artigo 8º, da CLT e da Súmula 51 do TST.

A negociação coletiva deve ser vista como mecanismo de integração coletiva dos trabalhadores à empresa e não como instrumento para a redução de direitos trabalhistas sob a roupagem da flexibilização. A busca pela via negociada coletiva para a autorregulamentação da relação dos grupos profissionais e econômicos poderá atender mais de perto às necessidades de trabalhadores e empresários, se for bem utilizada como instrumento de efetiva normatização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As primeiras fontes materiais do direito do trabalho influenciaram o Estado a criar normas jurídicas que protegessem a parte mais fraca nas relações laborais, que são os trabalhado-

res, buscando reequilibrar as diferenças sociais e econômicas, a partir de movimento denominado ‘Constitucionalismo social’.

Com o tempo, a função de criar normas trabalhistas foi estendida aos próprios destinatários das regras, pela autonomia privada coletiva, também conhecida como autonomia dos grupos. Tem como frutos os instrumentos normativos coletivos, que são classificados como fontes formais autônomas do direito do trabalho.

A autonomia privada coletiva, amparada pela Constituição Federal de 1988, garante aos grupos profissionais e patronais o poder de criar suas próprias regras de trabalho, por meio de instrumentos normativos (artigo 7º, inciso XVI). Permite-lhes estipular melhores condições de trabalho, como regra, ou se negociar para pior, excepcionalmente, em situações de crise e para se evitar a dispensa em massa de trabalhadores.

Os instrumentos normativos são fontes do direito do trabalho e têm força de lei. Destinam-se, sobretudo, a criar melhores condições de trabalho e, apenas eventualmente, a flexibilizar regras jurídicas, motivo pelo qual suas cláusulas precisam ter efeitos ultrativos. Se não houver instrumento vigente a regular determinada relação coletiva de trabalho, advirá lacuna jurídica incompatível com a finalidade protetiva do direito do trabalho.

A adoção da teoria da aderência contratual limitada por revogação, também denominada teoria da ultratividade condicionada, pela última redação dada à Súmula n.º 277 do TST evitou mencionado vazio jurídico e prestigiou o princípio trabalhista da proteção. Segundo esta teoria, as condições negociadas coletivamente aderem aos contratos de trabalho dos trabalhadores da categoria abrangida pela negociação coletiva, até o advento de instrumento normativo que disponha em outro sentido.

A ultratividade da norma coletiva visa preservar os direitos alcançados pelos trabalhadores enquanto não se entabular nova negociação. Protege a classe trabalhadora, mas também beneficia a classe patronal, pois nova negociação pode rever os benefícios anteriormente concedidos e adaptar os instrumentos normativos à nova realidade econômica, com total segurança jurídica.

A teoria em questão foi adotada por diretriz jurisprudencial, em última redação dada à Súmula 277 do C. TST, que revisou entendimento anterior da aderência limitada pelo prazo. Mas a mudança na lei trabalhista, em especial no artigo 614, § 3º, da CLT, retrocedeu à situação do texto original da súmula em estudo. Este quadro, agravado pela redução de poderes das entidades sindicais causado, entre outras modificações, pela diminuição de suas fontes de custeio, pode comprometer as negociações coletivas, reduzindo-as em número e em qualidade de gerar instrumentos de melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Lei n.º 7.788 de 03 de julho de 1989. Política salarial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7788.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.030 de 12 de abril de 1990. Reajuste de preços e salários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8030.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.222 de 5 de setembro de 1991. Política Nacional de salários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8222.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.542 de 23 de dezembro de 1992. Política Nacional de salários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8542.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Lei n.º 10.192 de 14 de fevereiro de 2001. Medidas complementares ao Plano Real. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Medida provisória n.º 1.053 de 30 de junho de 1995. Medidas complementares ao Plano Real. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1053.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Medida provisória n.º 1.709 de 06 de agosto de 1998. Dispõe sobre o trabalho a tempo parcial, faculta a extensão do benefício do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT ao trabalhador dispensado e altera dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1709.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Medida provisória n.º 2.074-73 de 25 de janeiro de 2001. Medidas complementares ao Plano Real. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2074-73.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em setembro de 2019.

CARVALHO, A. C. L. de; CORRÊA, L. B.; MELLO FILHO, L. P. V. de. **A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho - A triste sina de Sísifo**. Publicado em outubro de 2016. Disponível em: <http://www.jota.info/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-do-trabalho-triste-sina-de-sisifo>. Acesso em setembro de 2019.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 11ª. ed., São Paulo: LTr, 2012, 1488 p.

DELGADO, M. G. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, 192 p.

DELGADO, M. G. **Sentença normativa vale por até quatro anos, diz TST** – Sítio Eletrônico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/condicoes-sentenca-normativa-valem-quatro-anos-tst>. Acesso em setembro de 2019.

HAZAN, B. F.. P N n. 120 do TST: ultratividade parcial das sentenças normativas. In: VIANA, M. T. (coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2012, p. 520/527.

HERNANDEZ, E. A. V. Ultratividade das normas coletivas de trabalho: limites, alcance, posicionamentos doutrinários e jurisprudências. In: Santos, E. R. (coord.). **Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público**. 1ª. ed., São Paulo : LTr, 2006, 176 p.

JORGE NETO, F. F. CAVALCANTE, J. Q. P. FRACAPPANI, A. As questões relacionadas à incorporação das cláusulas normativas ao contrato de trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região**, nº 12/2012, São Paulo, 2012, 49/56 p.

MENEZES, C. A. C. de. Reforma trabalhista e a polêmica sobre a ultratividade das condições coletivas de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região**. Belo Horizonte, edição especial, p. 423-441, novembro de 2017.

NASCIMENTO, A. M. **Compêndio de direito sindical**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 2000, 470 p.

PINTO, J. M. A ultratividade das normas coletivas. **Jornal Trabalhista**, nº 693, 19 jan. 1998.

LAERCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de Barueri / SP.
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP
Professor de Direito Constitucional

RACIONALIDADE VERSUS SUBJETIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E OS LIMITES DO CONTRADITÓRIO

A intervenção do juiz para além do estritamente determinado em norma sempre suscitou debates acalorados, contudo, ao final das contas somente se poderá concluir que é o juiz quem constrói a norma do caso concreto, ante a insuficiência do processo de subsunção. Podemos identificar alguns fatores que levam à intervenção dos juizes e tribunais fora da estrita determinação descrita na norma legal, mas com suporte na busca do justo e da equidade: i) a necessidade de consagrar a *par conditio* no processo, no qual a diferença de “armas” entre as partes salta aos olhos, sobretudo quando se trata de direitos sociais. Isso porque a cláusula *‘rebus sic stantibus’*, que atua como uma divisão de risco no contrato se mostra insuficiente para equiparar partes que não têm o mesmo poderio para atuar no processo. ii) quando o juiz se vê diante de casos difíceis, em que se postula uma maior discricionariedade de sua parte; iii) quando a lei a ser aplicada ao caso concreto traz cláusulas gerais e abertas, diante das quais o conceito deve ser firmado pelo próprio juiz, v.g, conceituar negligência para condenar um réu; iv) quando a lei a ser aplicada não servir à busca do justo no processo, ou houver uma lacuna axiológica, hipóteses em que deve o juiz aplicar a lei na conformidade do disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Desse modo, os modelos de juizes ativos que se criam são uma decorrência da necessidade de se deslocar dos modelos positivistas exacerbados. Neste paradigma de obsessão fanática pelo texto legal, o juiz era considerado apenas *la bouche de la loi*, o que criava uma vinculação à norma, mesmo quando esta o amordaçava e o mantinha preso à abstração da lei, a qual, muitas vezes, impedia, por consequência, um exame com equidade do caso concreto e impossibilitava a busca do justo.

Nos sempre percucientes ensinamentos do ministro do STF Luís Roberto Barroso retiramos:

“...os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente. Os estudos de ambos os pensadores Freud e Marx, – sem embargo de amplamente questionados ao longo e, especialmente, ao final do século XX – operaram uma mudança profunda na compreensão do mundo. Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros fatores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela auto-crítica e pelo auto-conhecimento, não veio, mas é li-

mitado. Nem por isso a razão se torna menos importante. A despeito de seus eventuais limites, ela conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: (i) o *ideal de conhecimento*, a busca do sentido para realidade, para o mundo natural e para as pessoas, suas ações e obras; (ii) o *potencial da transformação*, o instrumento crítico para compreender as condições em que vivemos os seres humanos e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário¹.

Dessas lições podemos então nos contrapor àqueles que veem ameaças à democracia no julgamento onde a ‘consciência do juiz’ prevalece. Isso nos parece, como já dissemos, uma vontade de se estabelecer uma razão pura, sem a influência da ideologia e do inconsciente o que, de resto, se mostra impossível. A neutralidade é, no mais das vezes, um posicionamento tácito para o lado mais forte e um subjugar à faticidade – ainda que o legislador tem valorado a lei para a manutenção do ‘status quo’ daqueles ligados às classes dominantes. Nenhum sistema político é neutro, daí que se extraí que nenhuma lei também o é. As verdades que se extraem da lei, são tiradas do seu núcleo temporal e não do seu núcleo universal atemporal, por isso não resistem ao tempo e às necessidades humanas, sobretudo as espirituais. Dessa forma, quando está o juiz a julgar, deve se ater ao chamado mínimo existencial, atentando para o fato de que o mínimo existencial direito à educação, saúde, lazer conformam um mínimo existencial economicista, portanto insuficiente para satisfazer as espirituais necessidades humanas, tais como igualdade racial; liberdade para conviver com pessoa do mesmo sexo; liberdade para ser o que é sem a pressões psicológicas do mercado e suas imposturas, que influem na sua auto-estima. A igualdade, como gosta de ressaltar o presidente Obama, aproxima as pessoas da liberdade.

Nesta linha de entender como impossível ter-se no julgamento um retrato da neutralidade do juiz, valemo-nos mais uma vez das lições do Prof. Luís Roberto Barroso:

“Os reflexos acima incidem diretamente sobre dois dos conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no do-

1. Roberto Barroso, Luiz. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Texto extraído do Jus Navigandi – [HTTP/www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208) – pg. 3.

mínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsistente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas².

O justo para Karl Larenz³ é apenas umas das faces do próprio direito positivo. Tanto que a constatação de que o direito não conseguiu entregar um dos produtos que lhe competia, que é a justiça, leva-nos à reflexão do quanto a tradicional posição de neutralidade do juiz no processo pode ter contribuído para isso. De fato, esse posicionamento de se perseguir a neutralidade da magistratura a todo custo decorreu de uma confusão nascida no sentido que se dava à imparcialidade do juiz, como se esta pudesse ser prejudicada pela possibilidade de uma atuação que levasse ao equilíbrio entre as partes, materializando a *par conditio*, essencial naqueles casos em que o desequilíbrio entre as partes é, a todos olhos, evidente. O que não se verifica mesmo em casos em que, aparentemente, as partes estão em condições iguais no processo, pois, nestes, também é preciso uma atitude ativa do magistrado sempre no intuito de buscar o equilíbrio que leve a um julgamento justo, sem que em nada a imparcialidade perca espaço; pelo contrário, ela se afirma em sua plenitude quando o juiz assim não se omite.

Essa postulação da necessidade de uma atuação mais ativa do juiz no processo decorreu, sobretudo, da constitucionalização do direito, cujo marco foi a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Isso ocorreu, de ordinário, em todos os países onde há Estados democráticos de direito. Pode-se dizer, com suporte nas lições de Luís Roberto Barroso,⁴ que a imposição de uma nova e mais ativa postura do magistrado se deu, no Brasil especificamente, em decorrência da aceitação de uma reflexão do direito a partir da sua função social, na ideia de um pós-positivismo que busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, bem como pelo desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Na lição do mesmo professor, foram três as transformações que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional:

- i) o reconhecimento de força normativa à Constituição;
- ii) a expansão da jurisdição constitucional;
- iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Da mesma forma, poderíamos acrescentar como contribuição a essa mudança de concepção jurídica sistêmica, a constatação de que o processo de subsunção não era um processo mecânico suficiente a incidir a lei no suporte fático, sem a introdução de outras questões pelo juiz. O que acabou por fortalecer a tese de que no processo de interpretação da lei há sempre uma intervenção do magistrado — ainda que mínima.

Quando o juiz diz que está julgando conforme a sua consciência, portanto, certamente não está dizendo que de certo modo despreza a lei, mas sim afirma que se curva ao que melhor sua consciência tirou da interpretação da lei para se fazer justiça no caso concreto. Isso porque, nas lições de Robert Alexy⁵, o que se postula no direito é o argumento de correção. E este somente pode ser revelado pelo magistrado no momento da interpretação da lei para aplicá-la ao caso concreto, o que não pode ser feito a partir de uma análise abstrata da lei ou pela doutrina apenas.

Segundo a moderna doutrina de Dworkin, 'Teoria da Aceitação Racional', no julgamento do caso concreto, o julgador há de trabalhar, construtivamente, os princípios e regras construtivas do direito vigente, para reforçar a segurança jurídica e a certeza do direito, proporcionando e aviventando na sociedade o sentimento de justiça. O julgador deve ter o espírito imbuído da certeza de que o ordenamento jurídico é mais complexo do que o simples conjunto hierarquizado de regras, defendido pelos positivistas. O sentimento de justiça, que deve revestir o espírito do juiz, é o único capaz de assegurar a solidez da ordem do Estado Democrático de Direito.

Identificamos pelo menos dois modelos de juízes ativos no processo, muito bem delineados no direito comparado. O primeiro, é o estadunidense. Nos EUA, por múltiplas razões, a Suprema Corte sempre teve um papel muito ativo, suportado na maioria das vezes no *due process of law* em sua dimensão material, sobretudo no que se refere aos direitos civis. O modelo americano é pragmático, porquanto busca sua justificativa (i) no fato de a Constituição ser extremamente sucinta, não tendo um rol de direitos fundamentais; (ii) no fato de o modelo de sociedade planejada nos EUA não se curvar aos dogmas de uma tripartição rígida de poderes. Já o segundo, é o da jurisprudência dos valores. Tem suas raízes no direito alemão a partir de uma visão axiológica da lei, possivelmente inspirado no que dizia Cícero, segundo o qual, quando não é possível fazer-se justiça seguindo as "bitolas" estreitas do contrato ou do processo, há que se buscar o "justo natural", o qual se materializa no processo como equidade. Da mesma forma, vale acrescentar, a jurisprudência alemã se sustenta no fundamento de que direito e lei não coincidem necessariamente no mundo fático e, tampouco, o direito está em sua totalidade à disposição do legislador.

5. Alexy, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo – 2011. Martins Fontes, pg. 43.

A ideia da busca do justo, assim, é o que efetivamente dá suporte à atividade do juiz no processo. As mudanças importantes da ideia de justiça justificam as mudanças na postura dos juízes e tribunais mundo afora, principalmente pela insofismável constatação da insuficiência de outros órgãos de poder a transformar a abstração da lei em justiça efetiva. Ora, repensemos, se, na tradicional divisão tripartite de poder, competia ao legislador legislar; ao judiciário aplicar a lei e ao executivo administrar, a quem estaria incumbida a tarefa de fazer justiça? Pergunta-se pois não se pode confundir a tarefa legiferante com a de entregar uma lei supostamente perfeita, que só, com sua mera aplicação, poderia, em tese, contemplar o direito e a justiça, como se não coubesse somente ao aplicador da lei a tarefa de conformar a aplicação com a necessária justiça ao caso concreto. A propósito, o tribunal de Nuremberg talvez seja o exemplo mais acabado de que, quando se quer fazer justiça como exigência da sobrevivência da humanidade, juízes e tribunais são necessários, mas a lei pode advir dos princípios gerais do direito e da necessidade de uma convivência digna na Terra, com respeito a um catálogo mínimo de direitos.

A atividade do juiz importa em um trabalho de minimizar a abstração da lei, para lhe dar concretude, o que não se mostra suficiente pelo simples processo de subsunção. Isso porque os direitos de matriz constitucional perseguem uma universalidade para se concretizar, ou seja, tentam atingir um máximo de destinatários da norma. Contudo, parece ser consenso que as diversidades entre as supostas necessidades humanas, que possuem diferenças de vários matizes, levam-nos à conclusão de que a universalização de direitos não é suficiente para suprir as demandas de grupos diferenciados, impondo, necessariamente menos ao legislador, mas mais ao aplicador da lei, uma observação dos efeitos da norma com base numa perquirição de equidade, a satisfazer o espaço não coberto pela insuficiência da universalização do direito. Isso não leva nem de longe ao chamado "governo dos juízes"; muito pelo contrário, o juiz está dando apenas vida ao direito, com supedâneo na Carta Magna, sem adentrar a qualquer das funções dos outros Poderes, eis que se trata apenas de decisão de efetivamente ocupar, por meio do braço institucional do Judiciário, uma tarefa que a Constituição não dera ao Legislativo ou ao Executivo de forma explícita nem implícita.

Em uma interpretação e aplicação da norma constitucional possivelmente a insuficiência do processo de subsunção não seja o maior obstáculo para explicar a dificuldade de aplicação dessas normas por este sistema (a subsunção), tal qual se observa pela desconsideração de que as normas constitucionais postulam quase sempre uma busca pelo direito de personalidade que surge no suporte fático do fato jurídico⁶.

Embora falamos muito em direitos individuais, as necessidades econômicas e a globalização da economia que impuseram um ritmo feroz de concorrência, com ênfase na produtividade, levaram a uma violação constante de direitos individuais de grupos de pessoas, causando-lhes dano

6. De Miranda, Pontes. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro – 1971. Revista dos Tribunais. 3ª ed. Pg. 5.

existencial e colocando o ser humano como meio, e não fim, como hipocritamente o sistema econômico-político anuncia ser sua finalidade. O que, nas lições de Immanuel Kant, jamais poderia ocorrer, porquanto o ser humano somente pode o ser fim. Portanto, a nosso juízo, isso caracterizaria o chamado *dumping social*, impondo por vezes ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, porém, sem um titular imediato da ação, de forma que decorre daí a necessidade de decisões de ofício de juízes ou tribunais.

Lênio Streck⁷ ressalta que apenas diante de uma jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos "ativismos judiciais". Exemplifica que, na Alemanha, essa discussão somente floresceu após a instalação do tribunal constitucional, o que se dera da mesma forma no Brasil após o advento da Constituição de 1988, já que, só a partir de então, se teve um efetivo controle de constitucionalidade. Afirma, ainda, o mesmo autor que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* quanto na doutrina, são perceptíveis, no mínimo, dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo: decisionismo e admissão do poder discricionário.

O primeiro grupo trata do problema da forma mais explícita, "assumindo" que o ato de julgar é um ato de vontade (faz remissão ao capítulo oitavo da obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen). Estariam também inclusas nesse grupo as decisões que, no seu resultado, implicitamente tratam da interpretação ao modo "solipsista" (consciência individual). Já, no segundo grupo, estariam as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica de matriz alexyana.

Em suma, a atividade do juiz atua como se fosse uma espécie de secularização do direito, por fugir a uma sacralização da lei como se dava na chamada jurisprudência dos conceitos, pela qual a lei era considerada a totalidade do direito.

A questão "*what law is*" talvez responda com menor eficácia sobre as tarefas essenciais dessa ciência social do que o faria a questão "para que serve o direito", considerado como um construído cultural. A resposta a esta última pergunta nos fará refletir se é possível ao direito cumprir os seus desígnios somente com base em uma interposição gramatical e sistêmica da norma como pretendia Savigny, como se bastasse, para que o direito atingisse sua finalidade social, entregá-lo ao resultado da interpretação, de uma formal subsunção, sem se cogitar das funções sociais do direito e de seus institutos vinculados, como uma imprescindível visão do bem comum. O direito visto dessa forma só pode atuar sob a falsa ideia de que as partes estão sempre num mesmo patamar no momento da sua aplicação, transformando-se em elemento desequilibrador, capaz de fornecer, portanto, privilégios àqueles que detêm maior poder, revelando-se como uma arma poderosa dos detentores do poder. Isso porque, como apregoava Aristóteles, os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade, e isso somente se viabiliza em havendo, na

7. STRECK, Lênio. O que é isto: decido conforme a minha consciência? 4ª ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 23/24.

2. ROBERTO BARROSO, Luis. Op. cit. Pg. 3.

3. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª Ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 199/201.

4. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 109.

aplicação do direito, a preocupação de se garantir às partes uma decisão com equidade.

Cândido Dinamarco, citado por Lênio Streck⁸, assim se posiciona sobre o tema:

“...o juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença...é o legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.... “entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo...se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu *sentimento de justiça*, isso significa que provavelmente as palavras do texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente”.

Na mesma linha segue José Roberto dos Santos Bedaque, Professor titular de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, citado pelo mesmo autor, referindo-se ao princípio da instrumentalidade das formas diz:

“Por este “princípio” se reconhece “ao julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”...ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta”.

E, para que dúvida não reste, além deles, Humberto Theodoro Jr, também citado por Lênio Streck,⁹ admite sem meias palavras que é o juiz quem introduz valores éticos na lei.

Ainda pelo prisma da prova, afirma Lênio Streck, a “verdade real” passou a ser aquela extraída de forma inquisitiva pelo juiz, ou seja, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz determina”. Segue dizendo:

“...o sujeito “solipsista” (Selbstsüchtiger) é aquele que se encarrega de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*, o que exsurgiria, por exemplo, da produção da prova *ex officio* e da prevalência dos princípios como o “livre convencimento do juiz” e ou “livre apreciação da prova”. Acerca ainda do sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo “decido conforme minha consciência”- ressalta que ele é uma construção filosófica que chegou a seu extremo com a ideia de *mundo como vontade e representação*. Nesse sentido, identifica o autor que o jargão “decido conforme

minha consciência” representa uma relação umbilical de dependência com o papel desempenhado pela razão prática, que faz um questionamento pelo certo e pelo errado. O mesmo autor critica, por fim, a ponderação de valores, mandamentos de otimização, proporcionalidade, razoabilidade, justa medida, que viriam a limitar o “decido conforme minha consciência”.

No que concerne à discricionariedade que vimos discutindo, Karl Engisch¹⁰ assim se posiciona:

“O resultado a que chegamos com referência a tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a *convicção pessoal* (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será havida como sendo a melhor e a justa. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e como e com que latitude essa discricionariedade existe”

Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em São Paulo anulam as sentenças em que os juízes na instrução se recusam a ouvir outras testemunhas, quando entendem já convencidos da produção suficiente da prova – ainda que, aos olhos do julgador da segunda instância, o juiz esteja absolutamente correto. Isso nos parece um exagero e não atende ao primado da duração razoável do processo, pois inibe a celeridade processual. Tampouco faz um resgate do verdadeiro sentido do devido processo legal.

Não nos parece que nesses casos há violação do devido processo legal, porquanto o contraditório se limita à necessidade de se provar o fato levado a juízo e é certo que, no mais das vezes, as testemunhas a que o juiz deixou de ouvir nada acrescentariam ao conjunto probatório. De qualquer forma, pode-se entender a posição do Tribunal, tendo em vista que as testemunhas não ouvidas poderiam acrescentar algo que mudaria o panorama da prova, embora isso nunca tenha ocorrido nos casos de que temos notícia.

Contudo, a posição do Tribunal permanece inalterada, ainda que se perceba que os depoimentos de outras testemunhas não se mostram passíveis de alterar a direção das provas. Isso mostra um apego excessivo e injustificável à ideia de que direitos de matriz constitucional não podem ser limitados, sob a falsa ideia de que o limite de testemunhas, v.g, imposto pela lei, ganham foros de constitucionalidade por conta do princípio do devido processo legal — ainda que, para determinados casos, não se mostre razoável a arguição de todas elas. O Tribunal tem mantido a posição acima descrita ainda

10. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª Ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 227.

que se evidencie nos autos que a tentativa de ouvir outras tentativas se deu somente para contemplar o empregador que constituiu seu advogado. Nenhum princípio constitucional pode ser utilizado para, por exemplo, fins procrastinatórios e a posição do Tribunal só pode ser explicada por conta de um apego exagerado ao “garantismo”, que é usado no Brasil mais como modismo do que como garantia.

Necessário se faz enfatizar que Lênio Streck ensina que o “*julgo conforme a minha consciência*” e, por consequência, o “ativismo judicial” emergem como uma decorrência natural de restauração do direito perante o abandono da razão prática por Kelsen, que postulava somente um questionamento sobre o certo e o errado. Não nos parece que assim o seja, haja vista que o malogro de uma teoria — o positivismo kelseniano — não poderia criar algo tão duradouro e consolidado nas democracias do mundo. Mas seria concebível se contarmos com a necessidade de se ter um organismo dentro do Estado, que não fosse o próprio Poder Legislativo criador da norma, para dar vida a ela para além da sua abstração jurídica, imbricando-se com o direito para a busca do justo no processo. Tanto assim o é que se critica o ativismo sem, contudo, se justificar de modo científico qual outro modelo contemplaria as necessidades que advém da aplicação da lei para ajustá-las a um modelo de justiça.

Não há nenhum órgão, além do Poder Judiciário, que possa dar à lei um sentido ético, que faça que seus efeitos sejam os mais próximos do direito justo. Essa ausência de instituições que possam dar cabo de todas as demandas em determinados setores da vida nacional é responsável por, aparentemente, “empoderar” e tornar causadoras de “injeções institucionais” as decisões do Poder Judiciário, sobretudo do STF, levando-as a ter, além dos efeitos jurídicos necessários, também efeitos sociológicos. Podemos exemplificar com a decisão do STF que julgou a constitucionalidade da lei de cotas raciais nas universidades. Antes do posicionamento do STF, havia muita resistência na universidade e em outros setores da sociedade à aceitação das cotas, o que não parecia e certamente não era somente uma resistência a sua suposta ilegalidade, mas em nível de compreensão mais profundo: classista e preconceituoso. Contudo, após a declaração de constitucionalidade pronunciada pelo STF, a resistência praticamente se esvaiu, sendo que muitos dos contrários passaram a assinar listas favoráveis à implementação das cotas na quase totalidade dos setores representativos da universidade. Dessa maneira, pode-se concluir que uma decisão da corte suprema tem o poder de atenuar a resistência que advém de preconceitos e de ideologias, evidenciando que estes também encontram guarida na ideia de legalidade, ou seja, aquilo que é ilegal sofre também resistência político-ideológica, não apenas jurídica. Revela, assim, uma crise existente no campo político-sociológico, que aponta para um deslocamento de reivindicações político-ideológicas, disfarçadas de jurídicas, para o campo do direito, pela ausência de instituições que deem conta de suas tarefas específicas.

Autores há, no Brasil, que defendem, sem desassombro, a proeminência do Poder Judiciário na declaração do direito, a exemplo do Professor Carlos Roberto Siqueira Castro¹¹:

“Sustentamos a imprescindibilidade de os órgãos guardiães, da Constituição rígida, máxime aqueles do Poder Judiciário, exercerem desassombroso controle acerca da “*razoabilidade*” e “*racionalidade*” das normas jurídicas, o que corresponde a atribuir aos juízes e tribunais competência institucional de supervisão do *mérito* dos atos do Poder Público. Isto numa concepção amplíssima e revogada do princípio da legalidade. Em realidade, acreditamos que a *judicial review* desse modo expandida reequilibra o balanço do poder entre as instituições governativas, que pende, ora a favor do Executivo, ora em direção ao legislativo, conforme seja presidencialista ou parlamentarista o sistema de governo que se adote. Por outro lado, essa postura afirmativa da magistratura realça firmemente o papel orgânico da Constituição, consagrando-a, ainda, como limite intransigente às arbitrariedades oficiais e, assim, como cidadela inexpugnável dos indivíduos e da coletividade em face das investidas abusivas da Administração Pública. É natural que daí haverá de resultar uma nítida proeminência do Poder Judiciário como árbitro da validade das normas jurídicas, chegando mesmo esse departamento da soberania estatal a desempenhar, por essa via, relevante papel político no sistema constitucional, não raro sobrepondo-se ao legislativo, consoante se passou nas décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos, caracterizadas por forte “*judicialismo*”, em que a *Warren Court* lançou mão do arsenal de argumentos teóricos existentes em torno do princípio da igualdade e da cláusula do *due process of law* para questionar a fundo a razoabilidade e a racionalidade das regras de direito. Esse aparente predomínio do órgão judicante, embora possa parecer a alguns um tanto excessivo, cabe ser encarado como consectário natural do sistema de freios e contrapesos (*check and balances system*), conforme é levado a consequências mais sérias pelas nações que adotam de maneira ciosa e responsável a *revisão judicial* como técnica de tutela da supremacia da Constituição”.

Essa necessidade de intervenção do juiz no processo, como estamos notando, decorre também do fato de que nossas Constituições, hodiernamente, são vistas como darwinianas e não newtonianas. Em outras palavras, transformam-se e readaptam-se rapidamente à nova realidade do direito, que não é outra coisa senão a expressão das necessidades que se colocam diante do progresso da técnica, dos relacionamentos, e diante de novas técnicas de convivência humana. Se a possibilidade de a técnica dominar os seres humanos — preocupação central do Professor Milton Santos no combate ao processo de globalização — continua perene, o direito como técnica de dominação também é uma realidade de há muito. E essa realidade perversa não pode ser transportada para dentro do processo, mesmo que seja por conta da onerosidade do ônus da prova, que sopesa de forma igual partes com poderes díspares, mitigando o acesso à justiça.

Os modelos de juízes ativos no processo têm sua gênese

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 237/238.

8. STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 49/50 e 60/61/63
9. Idem, idem.

do ponto de vista filosófico na escolha pelo julgador das diversas opções que inevitavelmente se lhes coloca à disposição, projetando-se e antecipando-se ao futuro. Por isso, como já dissemos acima, o estudo da decisão jurídica está atrelado à contemporânea ampliação do acesso à justiça, que culminou no crescimento da judicialização dos conflitos humanos e, conseqüentemente, na larga aplicação da decisão judicial. Assim, para Carlos Cossio¹², a teoria da decisão jurídica consiste num ramo à parte do direito, em razão de sua dinamicidade, que proporciona tanto a criação quanto a aplicação da ordem jurídica.

Para Carlos Cossio, ademais, existem três elementos constitutivos da sentença, quais sejam: i) a estrutura legal (norma jurídica dada *a priori*), ii) as circunstâncias não mencionadas (representações contingentes) e iii) a valoração jurídica. Esta última diz respeito à essência da sentença, que deriva do julgador. Isto é, a vivência do juiz determina sua valoração, que implicará na aceitação ou rechaço de uma estrutura legal, dentro da finitude lógica do ordenamento jurídico, no ato de sentenciar. Assim, na fenomenologia da sentença Cossiana, o objeto do direito é a conduta humana, ficando a norma a serviço da interpretação da conduta pelo juiz. Portanto, nessa teoria da fenomenológica, decompõe-se o elemento valoração jurídica que permite dimensionar a problemática da discricionariedade judicial, que, no atual contexto, serve de referência para evitar uma “ditadura dos juizes”. No “egologismo” de Cossio, a filosofia jurídica abarcaria a ontologia, a lógica jurídica, a lógica transcendental e a axiologia jurídica, de sorte que a sentença estaria no campo ontológico, pois significaria uma “representação conceitual de um fragmento”.

Segundo Schneider e Schroth, por sua vez, há uma enorme variedade de teorias normativas; interpretativas ou de compreensão; e descritivas ou empíricas da decisão. As primeiras, condicionam a certeza e justiça da decisão a procedimentos e regras a serem seguidos pelo julgador, segundo um esquema linear de fases que culminam na simples escolha entre alternativas; caberia a elas, ainda, o estabelecimento de padrões de julgamento de casos difíceis, que deveriam ser seguidos pelo juiz. As segundas, isto é, as interpretativas ou de compreensão, caracterizam uma perspectiva neutra, que basicamente procuram esclarecer os possíveis efeitos das normas sobre a decisão. Finalmente, as teorias descritivas ou empíricas se voltam para a prática efetiva da decisão, enfocando a complexidade da escolha da decisão correta no contexto contemporâneo.

O posicionamento do ser humano no centro das pautas dos direitos humanos, que remonta aos objetivos da filosofia, mais especificamente, dos valores e do imperativo categórico de Immanuel Kant, tem sua continuidade no papel do Estado Democrático de Direito, sobretudo no tensionamento entre direito e política. Segundo Otto Bachof¹³, as normas constitucionais em muitos casos não podem ser interpretadas sem o

12. Carlos Cossio – Revista CEJ, Brasília, ano XVI, p. 70-75, set/dez.2012.

13. BACHOF, Otto. **Estado de Direito e poder político**. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVI, Coimbra, 1996, p. 10.

recurso a valorações políticas, e tais valorações, porém, são, até em determinado ponto, subjetivas. Esse posicionamento do ser humano levou os juizes de instâncias inferiores a depararem, com muito maior frequência, com questões envolvidas nas lides individuais, porém, que requerem um dimensionamento e valoração constitucionais. Isso decorreu, entre outras coisas, do deslocamento do direito civil do centro do direito cedendo lugar ao direito constitucional, em decorrência de pautas de humanização do direito que se impuseram principalmente após o segundo pós-guerra.

Lenio L. Streck¹⁴ enxerga na dimensão política da Constituição não uma dimensão separada, mas sim o ponto de estofamento em que convergem a dimensão democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode chamar de “essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Conclui, então, que nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. Segundo ainda o mesmo autor, o imbricamento entre Constituição e política se dá a partir do saldo do constitucionalismo liberal para a teoria material da Constituição.

Karl Marx, Nietzsche e Freud, aliás, demonstram que o significado de superfície daquilo que é dito pode esconder um significado mais profundo e diferente. Portanto, podemos concluir que a racionalidade que se busca na lei pode ter sido gestada a partir de premissas completamente equivocadas¹⁵. Cabe, então, somente ao juiz corrigir o significado da lei mediante uma interpretação com equidade. Em tema de norma, a possibilidade de haver essa incongruência se torna maior pelo fato de a norma ser gestada não para seguimentos específicos, mas sim para seguimentos abstratos. Portanto, em se considerando a aplicação concreta da lei, há que haver sempre uma introdução de outras questões pelo juiz, sobretudo questões ligadas a valores, como preconiza Alexy.

Há uma tendência forte da doutrina do direito constitucional e da filosofia do direito em cobrar do juiz uma racionalidade no momento de interpretar a lei na sentença. Ninguém duvida, porém, de que isso é realmente necessário e até imprescindível para que, o que chamam de posicionamento subjetivo do juiz, não prevaleça, desvirtuando assim o objetivo final que a norma pretendia dar àqueles casos e que a justiça postula. Contudo, pensamos que nessa cobrança há uma exagerada e incompreensível preocupação em não ter o juiz como criador do direito, e, assim, *violador* da tripartição de Poderes. Nesse sentido, disse Lord Radcliffe:

“Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo”.

O primeiro problema que vejo nessa questão é o de que se tenta fazer uma problematização da lei a partir da sua exe-

14. STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 302.

15

gese analítica, quando deveria ser feita a partir de uma análise do mundo que cria as leis e das leis no mundo.¹⁶ E assim o é visto que as sociedades capitalistas são dominadas por corporações, pela mídia e outros setores que compõem as chamadas classes dominantes. Ora, quando o juiz analisa a lei, o faz a partir do mundo que a criou, e como esta lei se apresenta no meio jurídico, considerando quais são os seus resultados quando deixa a abstração e é aplicada a um determinado caso concreto. A esse respeito, não se pode esquecer o que disse Nietzsche sobre o que chamou de “graça da lei”, que sempre reservaria uma parcela de inimizabilidade ao Estado, decorrente de seu caráter ambivalente e perverso. Na jurisprudência dos interesses, alardeia-se que o juiz somente poderia valorar após malograda a valoração pelo legislador por algum motivo, o que deixa estremes de dúvidas de que alguém sempre valorou a lei, portanto parece haver uma disputa ideológica no sentido da titularidade exclusiva do legislador para tanto.

A norma jurídica não pode ser dessa forma eternamente tutelada pelo Estado-Legislator, sob o manto disfarçado de uma racionalidade impossível de ser buscada, exigência esta que remontaria à investigação filosófica do direito aos tempos da jurisprudência dos conceitos, que levou Napoleão a “proibir” os juizes de interpretarem as leis. Como objeto cultural de um construído cultural, o direito e a lei postulam uma busca incessante por justiça. Essa verdadeira *persecutio* por uma racionalidade do juiz estreita a visão dos que assim agem com uma visão dogmática formal-positivista do direito, não pode ser concebida pelo dogmatismo. Sobre o tema, a propósito, assim se posiciona o Professor Willis Santiago¹⁷, com suporte nas lições de Johannes Hessen:

“Já o *dogmatismo*, como postura diante do problema gnosiológico, é a confiança ingênua na capacidade da razão humana para conhecer a realidade sem precisar de maiores ponderações, ou seja, numa análise mais acurada”.

O que vimos falando sobre a atuação do magistrado no processo, sem perder sua imparcialidade, foi colocada de forma brilhante, por Ivan Guérios, Dierle José e Alexandre Gustavo¹⁸.

“O processo constitucional trabalha com a certeza de que cada decisão contém uma componente de indeterminação. Logo, se se procura “segurança”, esta apenas poderá ser alcançada na garantia de que a decisão judicial seja produto do contraditório estabelecido entre as partes em comparticipação com o magistrado (cf. Nunes, 2008).

16. MASCARO, Alysson Leandro. **Revista da escola da magistratura do TRT2**. Ano 3, nº 03. São Paulo: Setembro de 2008, p. 91/96.

17. GUERRA, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. RS., 2007, p. 392.

18. Curi, Ivan Guérios. **Processo Constitucional Contemporâneo**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXV, pg. 364/365.

Qualquer juiz ou Tribunal deve poder se colocar no lugar de cada parte, vendo a questão por ambas as perspectivas, a partir da ampla oportunidade dada a elas para não apenas apresentarem suas pretensões, mas reconstruir o “evento”, que de modo algum é auto-evidente ou “objetivo”. Cada parte deve ter o direito de ter seu *his day in court*. É o que defende Arolfo p. Gonçalves: a estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade...de há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”.

Isso significaria que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial.

Com suporte nas lições de Comoglio, esclarecem que na Alemanha o princípio do contraditório se concretiza em perfis constitucionais com base na denominada *Rechtsschutzeffektivität*,

“[...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1) direito de receber adequadas e tempestivas *informações*, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, eu seja relevante para a decisão da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da sentença”.

E eu acrescentaria uma **quarta** ordem de situações que, para além de que ter o direito de ver o juiz levando em consideração as provas e alegações trazidas no processo, a refutação de cada uma delas, ou aquelas que são importantes para o deslinde da demanda, só possam ser afastadas mediante fundamentação razoável do juiz com suporte numa contemplação geral do conjunto das provas, com suporte na legislação que rege a matéria e nos princípios constitucionais aplicáveis na espécie. Não basta, portanto, ao juiz dizer simplesmente que tal ou qual instituto não se aplica no caso vertente porque tal regra ou princípio constitucional o impede, devendo dizer, sob pena de vulnerar o contraditório, de quais princípios do direito tira sua fundamentação e demons-

trar como as provas da parte se incompatibilizaram com os referidos institutos e exatamente por qual ou quais motivos as regras ou princípios não se aplicam naquele caso. Não é qualquer fundamentação que anula a sentença, mas sim aquela que viola o contraditório, com prejuízo a uma ou ambas as partes. Uma **quinta** ordem surgiria do fato de o juiz não atuar para detectar e afastar a atitude de uma das partes que atuou para eliminar parte do contraditório da outra, ainda que antes do início do processo, por ter maior domínio da situação por uma circunstância qualquer, sobretudo, por ter maior poder que a outra parte, como ocorrera nas lides entre empregados e empregadores. Uma **sexta** ordem decorreria do fato de o juiz introduzir fundamento no momento da prolação da sentença (art. 10 do CPC) que não fora articulado nos autos e que acabe por prejudicar apenas uma das partes ou ambas no processo e uma **sétima** e última ordem, poder-se-ia dizer que a publicação da sentença se insere no âmbito do contraditório como uma continuação, porquanto somente através dela a parte tem, em definitivo, a decisão expressa de forma irrefutável e os seus fundamentos, de sorte que a redação da sentença publicada não pode trazer contradições com a finalidade da mesma, pois só através da clareza da sentença pode a parte manejar o competente recurso.

Em conclusão, podemos dizer, é bom que se registre, que este debate tem como pano de fundo a ideia de que o juiz não pode se descolar da lei e julgar somente conforme a sua própria consciência, o que, de certa forma, desvirtuaria o comando da norma com prejuízos até à democracia e ao Estado Democrático de Direito. Vimos nisso, contudo, um apelo exagerado à racionalidade, como se da norma se pudesse tirar uma racionalidade estanque. Ademais, como já frisamos anteriormente, a norma com sua abstração não dá conta das diversas situações que podem ocorrer no mundo do direito, como bem frisou Aristóteles.¹⁹

19. FERRAZ, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, pg. 203/204.

LAERCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de Barueri / SP.
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP
Professor de Direito Constitucional

A TUTELA DA DIMENSÃO COMUNITÁRIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, O DIREITO DE PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO REGRANDO O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

INTRODUÇÃO

1. A metodologia deste pequeno texto tem como propósito investigar e situar o meio ambiente do trabalho conformando-o com os direitos humanos e fundamentais do trabalhador na atual conjuntura, situando-o a partir do entendimento de que com a reconstrução dos direitos humanos do segundo pós-guerra, todos os ambientes sofreram consideráveis modificações, inclusive o do trabalho, posto que a partir de então a pessoa humana do trabalhador passou a ser observada através de uma outra ótica, qual seja, a de que na relação de emprego não se despoja de seus direitos fundamentais, portanto é vista na unicidade de pessoa provida de direitos fundamentais absolutamente inseparáveis porquanto fazem parte de seu próprio conceito de pessoa humana. Esse esforço de reconstrução dos direitos humanos trouxe o direito constitucional para o centro do direito e constitucionalizou o direito civil. Da mesma forma a força normativa da constituição foi fundamental para que se firmassem novos paradigmas no relacionamento das pessoas e grupos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

A necessidade de reconstrução dos direitos humanos, as cartas de direitos humanos no mundo e a imposição da força normativa da Constituição tiveram importância ímpar no atendimento das novas postulações que se criaram a partir de então assentadas em pautas existenciais, portanto não somente do ponto de vista economicista, mas, sobretudo, espiritual. Isso determinou que o conceito tradicional de divisão de poderes ou de funções fosse mitigado ou lançado a uma outra dimensão, propiciando aos juízes a prolação de decisões contramajoritárias, dando sindicabilidade à estas decisões, como nos ensina Luis Roberto Barroso.

Deixamos assentado em outra obra que, quando a CF/88 elevou os valores sociais do trabalho à categoria de fundamento da República no inciso IV do art. 3º e valorou o trabalho humano no art. 170, deixou estremes de dúvidas de que quis vincular os particulares aos direitos fundamentais. Ademais, não faria sentido se o fosse de outra forma já que nossa melhor doutrina entende que os direitos trabalhistas são direitos fundamentais desde 1934 e isso já vinha estabelecido na Constituição do México de 1917. A Constituição alemã de Weimar de 1919 deixou assente no art. 118 que os trabalhadores mantinham seus direitos fundamentais na relação de emprego, portanto o local de trabalho deveria estar livre de obstáculos que impedissem a fruição daqueles direitos. A partir de então forjou-se jurisprudência mitigando o poder diretivo e potestativo do empregador em homenagem aos direitos fundamentais.

A investigação do ambiente de trabalho tem especial relevo, visto que há que se considerar que a relação entre o empregado e o empregador se dá diante de uma relação assimétrica de poder haja vista o excepcional poder do empregador diante da hipossuficiência do trabalhador. Alertamos que entendemos que a só aplicação da norma mais benéfica não é suficiente minimamente para se falar que por isso há uma *par conditio* na relação ora examinada. Isso porque a relação se dá em um ambiente em que o empregado está sob a subordinação do empregador e nele permanece pelo menos por 8 horas, portanto uma das partes sofre uma *coação natural* que resulta da própria condição de trabalho. Vale dizer que o fato de o empregado passar pelo menos um terço dia no ambiente de trabalho, este se torna uma espécie de formador da sua consciência social e de cidadão sustentando as balizas conceituais da sua *reificação* determinando um estado permanente de luta por reconhecimento. A observância e aplicação dos direitos fundamentais no ambiente de trabalho é fundamental para afastar a *reificação* da forma como foi conceituada por Karl Marx, quando então o trabalho ganha força para deixar de ser mera troca autônoma. Pensamos ser suficiente trabalhar com o conceito de Lukács de *reificação* compreendendo-se a situação humana no capitalismo, que coisifica o homem e converte o mundo em mercadoria. O mundo por nós aqui pesquisado é o pequeno mundo do ambiente de trabalho que passa a ser mercantilizado quando os direitos fundamentais não são garantidos ou quando o empregador excede nos métodos de cobrança do trabalho ocasionando um *jus variandi* não contratado pelas partes. Buscaremos compreender o ambiente de trabalho a partir das imposições que o capitalismo impõe aos trabalhadores dentro do conceito de totalidade de Lukács, ou seja, a possibilidade de compreensão geral do movimento da contradição capitalista no espaço do ambiente de trabalho. Portanto, não nos utilizaremos da separação feita por Kant entre sujeito e objeto e consciência e realidade. A luta pelo asseguramento dos direitos fundamentais no ambiente de trabalho e uma correta conceituação e parametrização das condições de trabalho são fundamentais para se assegurar a não *reificação*, embora o *mais-valor* sempre estará presente na relação de trabalho.

As utopias sociais estão dirigidas principalmente à sorte (Glück), ou, pelos menos, à eliminação da necessidade e das circunstâncias que mantêm ou produzem aquela. As teorias jusnaturalistas, pelo contrário, como se viu claramente, estão dirigidas predominantemente à *dignidade*,

aos direitos do homem, a garantias jurídicas de segurança ou liberdade humanas, como categorias de orgulho humano. E de acordo com isso, a utopia social está dirigida, sobretudo, à eliminação da *miséria* (*Elends*) humana, enquanto que o direito natural está dirigido, acima de tudo, à eliminação da *humilhação* (*Erniedrigung*) humana. A utopia social quer afastar tudo o que se opõe à *eudemonia* (felicidade) de todos, enquanto que o direito natural quer acabar com tudo o que se opõe à *autonomia* e sua *eunomia* (boa lei). É que a ressonância nas utopias sociais e nas teorias do direito natural é muito diferente. Se se quiser resumir de maneira plástica o essencial desta diferença, poder-se-ia dizer que uma o modelo é o dos feácios; no outro, por sua vez, Brutus¹.

Para termos êxito em nossa pesquisa, necessário se faz que trabalhe com as utopias sociais; jurídicas e políticas, pois ambas se complementam. As utopias sociais e políticas nos auxiliarão quando trabalharmos com o conceito de ordem pública que tem vital influência na limitação do poder potestativo do empregador em desligar o empregado, sobretudo quando a dispensa se dá por justa causa.

2. O CONCEITO DE DIREITO DE PERSONALIDADE EM PONTES DE MIRANDA.

Segundo Pontes de Miranda, por longo tempo, a técnica legislativa satisfaz-se com a simples alusão à “pessoa”, ou à “ofensa à pessoa”, para as regras jurídicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico. Portanto, de certo modo, a referência era o suporte fático, como se lesado fosse ele, não os direitos que se irradiaram, como efeitos, do fato jurídico da personalidade. Decorre disso que não se cogitou de debulhar os diferentes direitos que a ofensa poderia atingir. Relata o autor que ainda no século XX, juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até a liberdade de pensamento como *direitos*.

Em advertência fundamental para a pesquisa do tema adverte Pontes de Miranda que: **a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.**

Estas premissas conceituais são de inexcusável importância para nossa pesquisa, visto que esta se situa no âmbito da empresa, ou seja, no meio ambiente de trabalho onde uma pessoa, o trabalhador, exerce uma função remunerada, em ambiente de subordinação ao empregador, presente fisicamente, portanto questões como preservação de direitos fundamentais e de personalidade são colocados à prova a todo o momento seja no relacionamento diário com a chefia, na

segurança contra acidentes do trabalho, na limitação do direito potestativo do empregador, no relacionamento com os colegas de trabalho, na impossibilidade de violação do contrato de trabalho com acúmulo de função ou desvio de função, etc.

A relação de emprego, por ter um ser humano de um dos lados, vê-se vinculada ao suporte fático que daí decorre o direito de personalidade que deverá ser resguardado visto que imbrica com o núcleo fundamental do princípio da dignidade humana.

Não foi outra coisa senão a necessidade de resguardo dos direitos de personalidade que acabou por colocar as condições de trabalho como verdadeiro paradigma da relação entre empregado e empregador, como dissemos em outra obra, *in verbis*

“Para que as relações trabalhistas pudessem ser consideradas relação de direito era preciso que se amenizasse a brutal diferença de poder entre os trabalhadores e empregadores para que o resultado do litígio refletisse o menos possível essa diferença de poderio, portanto foi necessária a criação de condições para que as partes litigassem com uma certa igualdade (*par conditio*) e isso somente foi possível com a limitação do direito potestativo do empregador de ditar certas regras, bem como pela sua obrigação de respeitar a dignidade do trabalhador no âmbito da empresa, preservando, em primeiro plano o seu *direito de personalidade*. Tudo isso somente se viabilizou diante do estabelecimento de determinadas condições de trabalho que se não observadas se retornaria àquele desequilíbrio que se apartaria do que chamamos de relação guiada pelo direito. Vale então dizer que as condições de trabalho não são algo meramente episódico em uma determinada relação ou contrato de trabalho, mas, ao revés, trata-se de um elemento fundamental na própria conceituação do direito do trabalho, sendo certo que sem elas teríamos que fazer um retorno ao período em que as questões patrimoniais dominavam o contrato e inviabilizavam uma verdadeira relação pautada por justiça. A introdução do princípio da dignidade humana nas relações contratuais foi fundamental para o que os juristas chamam de despatrimonialização do direito, e essa despatrimonialização se deu justamente pelo fato de que às condições de trabalho foram introduzindo medidas de proteção ao direito de personalidade dos empregados e à sua dignidade humana com o estabelecimento da sua dimensão comunitária².

De forma pormenorizada sobre o tema se posiciona Daniel Sarmento³, *in verbis*

“...o que mais nos interessa neste momento é a penetração do princípio da dignidade humana no Direito Privado. O reconhecimento de que tal princípio situa-se no vértice axiológico da ordem jurídica vai acarretar a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre

2. Silva, Laercio Lopes. A terceirização e a precarização nas relações de trabalho. São Paulo – 2015. Ed. LTR, pg. 33

3. *Apud* Silva, Laercio Lopes. A terceirização e a precarização nas relações de trabalho. São Paulo – 2015. Ed. LTR, pg. 34

os patrimoniais no Direito Privado. Como advertiu Gustavo Tepedino, com o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República pretendeu o constituinte “[...] definir uma nova ordem pública da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos. É nesse sentido que se fala na “despatrimonialização” do Direito Privado, que, segundo a definição do Prof. Carmini Donisi, criador do termo, significa a “[...] progressiva e cada vez mais destacada sensibilidade do direito privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário e jurisprudencial), a dados não confiáveis nos esquemas e lógicas de índole econômica, mesmo – note-se – nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais”

Com Pontes de Miranda podemos deixar assentado que em todo suporte fático de fato jurídico trabalhista surge um direito de personalidade, dada a estreita vinculação das normas trabalhistas não com os termos do contrato, mas sim com a pessoa humana que executa o contrato. Por isso é que logra em imprecisão a jurisprudência trabalhista quando diz que a dispensa por justa causa de empregado deve ser provada com prova robusta por ser a maior penalidade que se pode aplicar a ele, visto que a robustez da prova não guarda qualquer relação com o grau de penalidade, mas sim com o fato de que o empregado está sendo desapossado de um bem com forte suporte no direito de personalidade, que, portanto, exige do empregador, além da prova razoável, a observância do devido processo legal.

2.1. DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS ABSOLUTOS.

Pontes de Miranda diz que nenhum direito de personalidade é relativo, visto que o fato de se dirigirem ao Estado, se a ofensa provém de autoridade pública, de modo algum os relativiza: “apenas, aí, se põe ao vivo que a evolução política e jurídica já alcançou muni-los de pretensões e ações que mantivessem o Estado, que também é pessoa, dentro dos limites que o direito das gentes, a Constituição e as leis lhe traçaram. Direitos a sujeitos passivos totais, como são os direitos de personalidade, o Estado apenas é um dos sujeitos que se compreendem na totalidade de sujeitos. Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito”.

2.2. DIREITO OBJETIVO E DIREITOS DE PERSONALIDADE – A DUPLA FACE DO SUPORTE FÁTICO NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

Os direitos de personalidade, salienta Pontes de Miranda, não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produzem nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. É isso o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela; mas é direito objetivo

o direito de personalidade o que nasceu no direito privado. Ressalta o articulista que, salva uma ou outra imperfeição do sistema, o direito de personalidade é ubíquo.

No direito do trabalho, os direitos de personalidade que nele se incrustaram também tiveram como marco pressões políticas e morais decorrentes do fato da ampla diferença de poderio nas partes nesta conhecida relação assimétrica de poder. A primeira das pressões que levou à instituição de direitos de personalidade no direito do trabalho surgiu para a proteção da integridade física dos trabalhadores nas estradas de ferro e com o advento das máquinas nas indústrias. Isso foi necessário não somente para a proteção física em si e resguardo de um direito fundamental, mas, sobretudo, para que o direito do trabalho pudesse efetivamente ser assim chamado de uma relação jurídica marcada por normas jurídicas. De um lado, não se pode esquecer, havia amplo direito do Estado na regulamentação de direitos aos trabalhadores para que não arcasse sozinho com as seqüelas decorrentes dos acidentes e doenças ocupacionais.

Com o passar do tempo, o direito de personalidade, no âmbito da empresa ganhou outras dimensões por conta da imposição da observação dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego por conta de postulações de cunho existencial, já que na relação de emprego há uma dupla vertente no suporte fático: i) a prestação dos serviços com o pagamento do salário e outros direitos ii) e o ser humano protegido pelo direito de personalidade.

Há diversos modos de se explicar a dupla face do suporte fático na relação trabalhista. Em princípio, o suporte fático, que é o fato ou o conjunto de fatos sobre o qual incide a regra jurídica, deveria receber a incidência da norma apenas sobre os fatos que decorrem da pura relação de emprego ou de trabalho, contudo, essas relações acabam por gerar outras relações que decorrem de o fato da prestação de serviços ser efetivada por um ser humano em um ambiente de trabalho subordinado a um empregador, fato este que gera outras relações pessoais e jurídicas que não são retiradas do mesmo suporte fático da prestação de serviços, isso porque, nessas relações, o suporte fático é o próprio ser humano com suas garantias de direitos fundamentais e direitos de personalidade. Daí que o suporte fático somente se mostra suficiente quando a regra jurídica puder incidir sobre as suas duas faces. Assim, com Pontes de Miranda, podemos deixar assentado que o elemento subjetivo no suporte fático dos fatos jurídicos decorrentes da prestação de serviços onde se deve preservar o direito de personalidade é o ser humano. Por isso, a lei que não considera essas duas faces do suporte fático não incidirá por insuficiência de suporte fático.

2.3. A INTRANSMISSIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DO DIREITO DE PERSONALIDADE.

Na lição de Pontes de Miranda, os direitos de personalidade nascem com a pessoa, ou se adquiram depois, são intransmissíveis e irrenunciáveis. Tanto a intransmissibilidade como a irrenunciabilidade decorreriam da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios (os direitos de personalidade). Refere que a transmissão supõe

1. *Apud*, Mascaró Leandro Alysson. Utopia e Direito. Ernst Bloch e a Ontologia Jurídica da Utopia. – São Paulo – 2001, ed. Quartier Latin do Brasil, pg. 135/136.

que uma pessoa se ponha no, lugar de outra, portanto se a transmissão pudesse se dar, o direito não seria de personalidade. Arremata dizendo que não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados. A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Os direitos de personalidade são inextinguíveis, salvo pela morte da pessoa. Não podem ser adquiridos por outrem, nem sujeitos à execução forçada. As pretensões e ações, que se irradiam deles, não prescrevem. Nem precluem as exceções.

No direito do trabalho, por contemplar categorias diversas de outros contratos com um ser humano em uma das partes do contrato, a configuração da relação jurídica postulou pela consideração de um suporte fático com duas faces e de que é preciso que outros direitos de personalidade sejam agregados ao catálogo daqueles já conhecidos pela doutrina.

Nesse sentido afirma o alemão Peter Häberle extraímos o seguinte, *in verbis*

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho”⁴

Deixamos então assentado que no direito do trabalho a indenização por dano moral por acidente do trabalho, *v.g* jamais poderia ser interpretada como responsabilidade subjetiva, posto que o dano moral é uma reparação a uma violação ao direito de personalidade tanto na dimensão psíquica como física. Isso porque ao impor-lhe o ônus de comprovar que não dera causa a um dano a seu direito irrenunciável de personalidade se estaria a lhe impor que comprove que não renunciou ao um direito irrenunciável e, caso não logre comprovar a culpa do empregador, será forçado a renunciar, por interpretação, a um direito de personalidade. Portanto, para além da constatação de que a responsabilidade do empregador na indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional é objetiva por conta do

risco do empreendimento, seria mais apropriado que, antes, fizéssemos a constatação de que o fato primeiro a responsabilizar o empregador de modo objetivo é o irrenunciável direito de personalidade do empregado que se vê violado nos infortúnios citados. Quando o juiz julga uma ação de indenização por dano moral considerando a responsabilidade subjetiva do empregado acaba por sentenciar que o direito de personalidade do empregado é renunciável, mas somente não o foi porque o empregado comprovou a responsabilidade do empregador; quando julga improcedente dizendo que não restou comprovada a responsabilidade subjetiva do empregador, força o empregado, por ato de terceiro, a uma renúncia a um direito irrenunciável, fulminando a sentença de inconstitucionalidade.

A irrenunciabilidade do direito de personalidade que estamos a tratar não se trata de o empregado deixar de postular a indenização em juízo ou desistir da ação ou ainda postular uma indenização incompatível com o dano. O que se trata aqui, e que viola o direito de personalidade, é o empregado, de antemão, de forma expressa ou tácita deixar evidenciado que não tem o direito a qualquer tipo de indenização em caso que tais. Esse tipo de renúncia é que invalida a manifestação de vontade.

Às vezes a ideia de renúncia aparece ambígua em movimentações tácitas ou implícitas do empregado, o que leva o juiz a ter de buscar fundamentações em conceitos de direitos fundamentais ou como se concebem renúncias no âmbito do direito fundamental.

A título de exemplo podemos lembrar do caso de uma menina negra que acusava sua chefe de discriminá-la no ambiente de trabalho habitualmente. Colhidas as provas, o que se comprovou é que quem discriminava a autora era seu melhor amigo e ela nunca se importou com os assédios racistas, tampouco se mostrara aborrecida com tais fatos, até então. A pergunta que se faz é a seguinte: renunciara a empregada à possibilidade de vir a juízo buscar uma reparação moral por conta de seu comportamento passivo no momento das discriminações?

a) Se o juiz julgar improcedente a pretensão da reclamante, com o argumento de que ela renunciara por conta de sua atitude diante dos fatos, a sentença será nula pelos seguintes fatos: i) viola o acesso da reclamante à Justiça, visto que a sentença a priva de um direito que supostamente a autora já não tinha; ii) parte do entendimento de que é possível a renúncia tácita de um direito de personalidade.

b) Se o juiz julgar procedente em parte reduzindo a indenização com a alegação de que a reclamante, pelo modo como participara dos atos, renunciara em parte à indenização, do mesmo modo fará a sentença nula, visto que direitos fundamentais não comportam espaço para que o juiz adentre aos mesmos com indagações apenas de possibilidades já que direito de personalidade não se transmite, ou seja, a forma de manejá-lo não se transfere e nem ao juiz é dado fazê-lo e, da mesma, se coloca a impossibilidade de renúncia, ainda que parcial.

c) Por fim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais informa que em determinadas situações sobretudo quando uma violação a um direito fundamental viola o **interesse público**, a titularidade do direito passa também a ser da coletividade, impossibilitando, com maior rigor, a tentativa de renúncia pelo seu titular.

A lição de Pontes de Miranda de que as pretensões e ações que decorrem do direito de personalidade não prescrevem ou precluem é de singular importância para a controvérsia que se trava no seio da Justiça do Trabalho sobre a prescrição da ação de indenização por dano moral e material por acidente do trabalho e /ou doença ocupacional.

Éramos partidários do entendimento cristalizado na Súmula 236 do STF de que o prazo prescricional somente começava a correr quando constatado o nexo de causalidade entre as sequelas do acidente ou da doença com as atividades do empregado. Contudo, não restando quaisquer dúvidas de que o acidente / doença ocupacional viola o direito de personalidade do empregado, nosso novo posicionamento não é outro senão o de que o fundo do direito não prescreve, prescrevendo apenas a pretensão nas ações de indenização por dano moral, não se curvando, portanto à prescrição quinquenal no curso do contrato de trabalho, mas tão-somente à prescrição bienal com o rompimento do contrato de trabalho ou se o empregado dera quitação total ao contrato de trabalho em um acordo firmado com a empresa e restou ressalvado que o acordo abrangia eventual indenização por dano moral. Assim, o silêncio no acordo que implicaria em renúncia tácita, mostra impossível.

2.4- OS DIVERSOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.

2.4.1. Os principais direitos de personalidade. Para Pontes de Miranda os principais direitos de personalidade são: a) direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito a integridade psíquica; o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; i) direito à honra; j) o direito autoral de personalidade.

Hoje, contudo, já temos outros direitos de personalidade de importância que merecem fazer parte deste catálogo, como o direito de privacidade que inclui a intimidade e a vida privada e específicos do direito do trabalho temos os deveres de cuidado e assistência que o empregador tem que ter para com o empregado, colhido da jurisprudência e nosso posicionamento de que as condições de trabalho que propiciem trabalho decente e que resguardem condições mínimas como direitos que se incrustaram na relação de trabalho como direitos consagrados e que deram a uma relação assimétrica de poder a condição de ser tida como uma relação jurídica. Portanto, o princípio da impossibilidade de retrocesso dos direitos sociais, nesse caso, atua como um verdadeiro direito de personalidade a proteger a dimensão comunitária do princípio a dignidade humana.

Peter Häberle, comentando jurisprudência de tribunais alemães em casos específicos de cláusula jurídico constitucional

da dignidade humana assim se pronuncia:

“A proteção da privacidade e a esfera íntima, materializada por meio do art. 1º a Lei Fundamental, bem como a concretização dos bons costumes e da proibição de excesso no sentido de uma máxima de rigorismo e equidade para o caso concreto, parecem ser uma constante cada vez mais implementada em âmbitos específicos de todos os planos jurídicos e tradições judiciárias. Na jurisprudência do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), no direito civil, assume relevo o desenvolvimento e concretização do direito geral da personalidade, nomeadamente a proteção da honra como emanção da dignidade pessoal, mas também a necessidade extraordinária de proteção dos homens especiais, assim como das condições de vida dos socialmente desfavorecidos”

“As decisões a respeito do direito geral de personalidade, de início fundadas jurídico-constitucionalmente ainda de forma precisa com base no art. 1º, parágrafos 1º e 3º em associação com o art. 2º da Lei Fundamental, são hoje proferidas a partir de uma referência genérica dos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental, por vezes estreitada, sem menção do art. 1º da LF, mas apenas do art. 2º da LF como única base, o que é parcialmente verdadeiro, na medida em que também às pessoas jurídicas é conferido o direito geral de personalidade; recentemente, todavia, o conceito já tem sido empregado sem referência a normas constitucionais. Essa jurisprudência espelha a *posição* da judicatura relativamente ao direito geral de personalidade, por menos que o art. 1º da LF tenha sido decisivo para efeitos do reconhecimento de uma indenização pecuniária.

“O direito geral de personalidade foi sempre sendo diferenciado de forma mais apurada: paralelamente a uma esfera própria e inviolável de sigilo e intimidade, ao direito à própria imagem, à própria palavra falada e sobretudo à auto-representação, colocam-se sempre novos conhecimentos pontuais e ponderações específicas cuidadosamente aperfeiçoadas em cada caso, tanto por meio de uma limitação “negativa”, no que diz com ponderações envolvendo direitos em situação de conflito, como resultado da vinculação coletiva social da personalidade individual, quanto no que concerne a limites para os direitos de liberdade de terceiros. Possivelmente, deve ser rigorosamente diferenciado entre um “âmbito nuclear” resultante da fusão do art. 1º com o art. 2º, inc. I, da LF, e um âmbito de geral desenvolvimento da personalidade garantido somente pelo art. 2º, inc. I, da LF⁵.

O direito do trabalho, por suas peculiaridades, sobretudo pelo fato de que a relação jurídica nele travada se dá em uma situação assimétrica de poder, ou seja, empregado e empregador não dispõem dos mesmos poderes no contrato de trabalho, traz todos os componentes para se investigar a chamada proibição de retrocesso, mesmo porque os direitos trabalhistas atendem a um pressuposto que vai além do cha-

4. Häberle, Peter, *In Dimensões da Dignidade Humana*, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 68.

5. Häberle, Peter, *In Dimensões da Dignidade Humana*, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 63/64.

mado mínimo existencial, visto que este dá-nos a ideia de que há um núcleo sobre o qual não se pode avançar ou que tem que ser garantido para a preservação de uma existência digna. O direito do trabalho e, em consequência, as normas trabalhistas, em relação à existência humana atuam como uma espécie de totalidade, visto que sem trabalho não se pode falar em existência digna. Disso decorreria que há uma relação dialética entre a necessidade do trabalho e a própria existência digna, contingenciando e conceituando a natureza da relação de emprego. Portanto, o direito do trabalho é o resultado de uma análise dialética da própria história da convivência humana, vinculando seu conceito ao desenvolvimento tecnológico e a outras práticas de exploração capitalista com o asseguramento de direitos fundamentais, inclusive no desenvolvimento do trabalho propriamente dito.

O fato de o contrato de trabalho ter em um de seus lados um ser humano traz ao direito do trabalho o desafio de conceituá-lo para além das hostes dos do normativismo kelseniano situando-o diante das consequências naturais da iniquidade dos contratos humanos e tomando em consideração a forma mercadoria e o seu princípio de não equivalência e falsa-liberdade.

Aqui a análise da impossibilidade de retrocesso caminha no sentido de não possibilitar que as iniquidades do contrato de trabalho atinjam direitos de personalidade do ser humano, atingindo sua dignidade, posto que quando em alguma medida o contrato de trabalho reduz as potencialidades do trabalhador o princípio da não equivalência revela que para além do *mais-valor* são captadas energias do trabalhador sem qualquer compensação ou contraprestação. Pode-se, portanto, dizer que a só garantia dos direitos fundamentais no âmbito da empresa não se mostra suficiente ao asseguramento de todos os direitos e garantias caros à existência e reconhecimento da personalidade do trabalhador.

Ao contrário de Freud que somente vinculava o ser humano à totalidade através do sofrimento e da penúria, Theodor W. Adorno, como bem deixa assente Christian Ingo via o indivíduo de uma outra forma:

“A imagem de um homem positivo, dotado de autoconfiança, iniciativa e coragem, cheio de talentos e potencialidades surge assim no lugar do homem desamparado e trágico de Freud. A confiança em relação autônomas, livres de conflito, produzidas por homens já autônomos, agentes livres de contratos livremente estabelecidos, não era uma ilusão freudiana. Assim ele se esquivava do erro de não perceber nestas mesas relações a onipresença da forma mercadoria e seu princípio de não equivalência e falsa-liberdade. Daí a fórmula de que “Freud tinha razão onde ele não tinha razão”, ou seja, onde ele não aplicou a razão para pensar psicanaliticamente a iniquidade dos contratos humanos, a autonomia e a liberdade sob o capitalismo. A reação contra os “traços despóticos do pensamento freudiano produziu um monstro de docilidade conformista, ratificando a sociedade patriarcal e androcêntrica que Horney e Fromm gostariam de criticar”⁶

6. Dunker, Christian Ingo Lenz, na apresentação do livro *Ensaio Sobre*

Uma das maiores iniquidades dos contratos humanos se revela na alienação humana diante do *mais-valor* nas relações de trabalho, que não se esgota em seus efeitos puramente monetários, lançando-os para atingir a personalidade do trabalhador criando não somente uma outra imagem, mais um outro indivíduo, vinculando suas potencialidades e liberdade de pensamento à forma mercadoria e o seu princípio da não equivalência.

A doutrina tradicional do direito constitucional reconhece que não existem direitos fundamentais absolutamente blindados contra toda e qualquer restrição intervenção restritiva, ou seja, direitos absolutos. Contudo, doutrina e jurisprudência reconhecem que em dadas circunstâncias é possível falar em restrições implicitamente exigidas pela CF para assegurar a proteção de outros bens fundamentais individuais ou coletivos e interesses constitucionalmente relevantes. Desse modo, o dever de progressividade no sentido da progressiva realização dos direitos sociais imposto ao Estado por força especialmente do Pacto Internacional de proteção dos direitos humanos, implica na existência de um princípio de proibição de retrocesso social.⁷

O entendimento por nós esposado acima de que os direitos trabalhistas atendem a um pressuposto que vai além do mínimo existencial se justifica quando é sabido que em tema de direitos trabalhistas quando são satisfeitos não se transformam simplesmente em um direito de defesa, mas, sobretudo, se incorporam ao próprio conceito de relação jurídica trabalhista aptos a minimizar as diferenças de poderio entre os empregadores e os empregados. Isso se evidencia de forma mais robusta quando se trata de direitos que protegem as condições de trabalho e, por consequência, o direito de personalidade do trabalhador e a sua dignidade humana.

Para Ingo W. Sarlet, a noção de uma proibição de retrocesso encontra-se relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada). Para o mesmo autor a proibição de retrocesso diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores e, dependendo do caso da própria dignidade humana. A proibição atuaria contra o legislador constitucional bem como contra o legislador infraconstitucional. No âmbito infraconstitucional a atuação se daria de modo especial quando em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes, mas também proteção em face da atuação da administração pública.

Com suporte nas lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira, sustenta o mesmo autor que numa primeira aproximação da noção de proibição de retrocesso afirma-se que em relação a qualquer norma constitucional existe um direito sub-

Psicologia Social e Psicanálise de Theodor W. Adorno, p. 22.

7. Sarlet, Ingo Wolfgang, *In Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional* – São Paulo – Saraiva 2014, coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philipe Vieira de Mello Filho e Ana de Oliveira Frazão.

jetivo, ou seja, a possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela norma constitucional, o que apontaria para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito a proibição de retrocesso. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na sua condição de direitos positivos, ou seja, de direitos subjetivos a prestações de caráter fático e normativo, no âmbito a assim designada eficácia negativa esse estaria em face de uma importante possibilidade de exigibilidade judicial de tais direitos como direitos subjetivos de defesa, como proibições de intervenção ou proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas já consolidadas.

Gomes Canotilho e Vital Moreira assim se posicionam sobre a impossibilidade de retrocesso:

“As normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm, pelo menos, uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma “proibição de retrocesso”, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este “transforma-se”, nessa medida, “em direito negativo” ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele...A ser admissível qualquer restrição a este princípio (v.g, estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos “direitos, liberdades e garantias”, nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade..., devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito”.⁸

A doutrina traça os fundamentos da proibição de retrocesso na cláusula de progressividade ou dever de progressiva realização e proteção prevista no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 que obriga os Estados pactuantes a implementação progressiva dos direitos sociais nele consagrados. Da mesma outros instrumentos de direitos humanos preveem a cláusula de progressividade.

Refere Ingo W. Sarlet que a garantia constitucional da proibição de retrocesso contempla dois conteúdos normativos que se complementam: por uma lado, impõe ao Estado a obrigação de “não piorar” as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico; por outro lado, também se faz imperativo, especialmente relevante no contexto da proteção do ambiente, uma obrigação de “melhorar”, ou seja, de aprimorar tais condições normativas - e também fáticas - no sentido de assegurar um contexto cada vez mais saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo.

Em tema de direitos trabalhistas a questão da proibição de retrocesso não se dá exatamente como ocorre nos direitos sociais, mesmo o mínimo existencial em tema de direito do trabalho são a totalidade das condições de trabalho, portanto não nos parece correto dizer que a proibição de retrocesso em relação ao direito do trabalho se escora na postulação de

8. Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Fundamentos ...* pg. 131/132.

trabalho decente, visto que o termo traz tão somente uma carga semântica sem possibilidades reais de sobre ela se impor os efeitos dos direitos fundamentais. O trabalho decente se obtém através da manutenção e conquistas de condições de trabalho compatíveis com a condição e que possa, numa relação assimétrica de poder, minimizar as diferenças de poderio entre as partes no contrato de trabalho.

A impossibilidade de se “piorar” as condições normativas, com reflexo imediato nas condições de trabalho, foi por nós identificada como um freio ao legislador infraconstitucional que trata da terceirização dos serviços.

As condições de trabalho foram sendo entrincheiradas ao longo da história, sobretudo após a industrialização que trouxe para o âmbito da fábrica não somente os riscos de infortúnios laborais, mas também novas formas de exploração aliadas aos novos métodos de produção. Esse entrincheiramento, para além de proteger o trabalhador de questões diversas imediatas teve como pano de fundo consolidar situações que se incrustariam ao patrimônio dos trabalhadores e ficariam protegidas pelo princípio da proibição do retrocesso social. Nesse sentido, essas situações consolidadas criariam as condições para que a pessoa humana do trabalhador fosse conceituada a partir de novos parâmetros, como já pretendia Radbruch, adotando-se uma explicação que diferenciava a exploração do homem como meio, quando **então se reificava tornando-se objeto da** exploração aceita à época e necessária à sobrevivência e convivência humanas, passando a ser conceituada na sua unicidade como ser que não pode ser dividido simplesmente para ser explorado e que sua condição humana na prestação de serviços seja observada em absoluta unidade entre o ser que presta os serviços e o portador de direitos fundamentais.

LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO

Doutoranda em Processo do Trabalho – USP 2019
Mestre em Processo – UFES 2008
Professora
Juíza do Trabalho em São Paulo

A EFICÁCIA EXECUTIVA DA AÇÃO DECLARATÓRIA TRABALHISTA: DIÁLOGO PROCESSUAL, ECONOMIA, CELERIDADE, EFETIVIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

A unificação das leis estaduais processuais civis no Código de Processo Civil de 1939 representou o início da fase científica do Processo, mas também a facilitação do trabalho dos advogados que atuavam em diversos Estados da Federação Brasileira ao mesmo tempo. Dizia-se que o escopo processual da época era a tutela dos direitos, no sentido de uma visão pandectista, colocando a ação no centro do sistema, descrita como o próprio direito subjetivo em atitude à lesão sofrida¹. Nessa mesma fase histórica brasileira surgiu a consolidação das leis do trabalho, por meio do Decreto Lei n.º 5452/1943, com procedimentos inspirados no CPC1939 próprios para a tramitação das reclamações decorrentes dos conflitos capital versus trabalho que tramitavam perante o Departamento Nacional de Trabalho, criado Decreto nº 19.667, de 4 de fevereiro de 1931, vinculado ao Ministério do Trabalho².

Nos trinta e poucos anos de existência do CPC1939 a ciência processual evoluiu bastante caminhando para a fase autonomista que apenas foi sedimentada pelo CPC 1973 – editado com o rigor científico, não cumprindo integralmente o papel de assegurar direito a quem tem, porém com conceitos processuais bem sedimentados e uma sistematização invejável da legislação processual seguindo os conceitos do que havia de melhor na doutrina da época.³

Nessa esteira, a evolução do Direito Processual Civil, enquanto ciência estudava o processo sob as perspectivas sedimentadas (jurisdição, ação, processo e defesa) com clara separação entre processo de conhecimento e processo de execução, representando um avanço técnico (CPC 1973 face ao CPC1939)⁴. Após a edição do CPC 1973 houve a elaboração de mini reformas que aproximaram a codificação de tutelas mais efetivas inaugurando a fase da instrumentalidade processual.

Havia uma divisão estanque entre o processo de conhecimento, a tutela de execução, o processo cautelar e as chama-

das tutelas mandamentais, observando-se a iniciativa de uma comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual para a criação de uma lei para a tutela de direito líquido e certo de atos lesivos amparados por particulares, “ação documental” dentro da própria lei do mandado de segurança a fim de substituir as ações monitorias do art. 1102 do CPC1973, pois há época havia uma separação entre a tutela condenatória, a executiva e a mandamental⁵, incluindo a separação entre as tutelas típicas – condenatória, declaratória e constitutiva -, da tutela mandamental. Esta, seria aquela que dada a sua capacidade de satisfazer o processo, a busca pelo bem da vida, dispensava a ação de execução – à época um processo autônomo.⁶ Observa-se que a tutela mandamental ou melhor, as *sentenças mandamentais* são uma concepção do processo civil brasileiro (Francisco Pontes de Miranda) que foi recebida com receio até o advento do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente, decorrente de uma das mini-reformas do CPC1973, do art. 461⁷.

Partindo da tese quanto à divisão ternária das ações, elas podem ser do tipo meramente declaratório, que visa trazer a certeza para uma dúvida quanto à existência ou não de uma relação jurídica; constitutivo, a que altera um direito potestativo; ou/e, condenatório, aquela que substitui o comportamento de uma das partes dentro do direito obrigacional, efetivando o direito a uma prestação. Porém, parte da doutrina acrescentava à essa classificação a tutela executiva, aquela que efetivamente entrega o bem da vida por meio de atos de coerção e poder de polícia do Estado-juiz, além a tutela mandamental, sendo essa última a que ensejava uma tutela executiva ainda dentro do processo de conhecimento, “*compondo-se de um momento declaratório, onde o direito do autor é reconhecido, e de um momento sancionador, que abre caminho à execução forçada*”⁸.

A crítica doutrinária dessa divisão consiste na perspectiva de que essas sentenças são condenatórias, constituindo título para a execução forçada.⁹ A distinção não está na natureza da

crise, mas na forma de efetivar o comando emergente da sentença, pois uma ação condenatória pode ser auto executável ou necessitar de outros provimentos. Assim, a ação condenatória “*poderá ser não apenas condenatória e mandamental, mas executiva e mandamental, caso os meios de sub-rogação possam ser atuados no mesmo processo e sejam acompanhados de uma ordem de cumprimento*”¹⁰.

Quanto às sentenças executivas *lato sensu* essa classificação implanta-se à época do processo sincrético, em que as fases substituem os processos autônomos, e por isso, se o título da sentença pode ser executado no próprio processo em são proferidas, independente da ação volitiva do titular do direito – a exemplo da ação de despejo. E por constituir uma sentença também condenatória, essa divisão criticada por parte da doutrina.¹¹

A doutrina processualista civil vinha seguindo os ensinamentos de Barbosa Moreira que defende a exclusividade da sentença condenatória para a entrega do bem da vida, por meio da execução, pois as demais sentenças não estariam aptas a produzir esse efeito, “*ainda quando reconheça ao autor a titularidade de um crédito em face do réu, a sentença meramente declaratória: tornando-se exigível o crédito declarado, e não se dispondo a satisfazê-lo o devedor, cumpre ao credor voltar a ajuízo com ação condenatória, e apenas a nova sentença que lhe julgue procedente o pedido constituirá em seu favor título hábil para a execução forçada*”¹².

Na década de 90 Fernando Tourinho Neto publicou um artigo intitulado “Eficácia executiva da sentença declaratória”¹³ desenvolvendo a tese de que as ações declaratórias que reconhecem a existência de uma obrigação líquida e certa podem ser executadas diretamente, consistindo um título executivo tão forte quanto o decorrente de uma ação condenatória, porque não faz sentido manejar novamente o Poder Judiciário com um duplo juízo de certificação. Essa ideia foi encampada por Teori Albino Zavascki antes mesmo da reforma processual civil de 2005 afirmando que no sistema atual, a partir de uma sentença prolatada em ação declaratória com a definição da certeza a respeito da existência da relação jurídica e também da exigibilidade da prestação devida, “*não haverá razão alguma, lógica ou jurídica, para negar-lhe imediata executividade*”¹⁴.

O *leading case* do Processo Civil foi a decisão do Ministro Teori Albino Zavaski no Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n.º 588 202, em 10 de fevereiro de 2004:

10. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica procedimental*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 518.
11. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 251.
12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In *Temas de direito processual civil*. 1ª Série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72.
13. TOURINHO NETO, Fernando. A Eficácia Executiva da Sentença Declaratória. In: Revista de Informação Legislativa: Brasília. a. 29 n. 115. pp. 560 e ss.
14. ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 312.

[...] Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.¹⁵

Com a mini reforma do cumprimento de sentença que inseriu as letras aos artigos 475 do CPC73, a execução passou a ser uma fase processual, ao invés de um processo autônomo, inaugurando uma fase processual civil sincrética.¹⁶ Dentre as características dessa reforma, advém a desnecessidade de citação do executado, uma vez que o processo de conhecimento prolonga-se para os atos executórios inspirados no art. 461 e 461-A do CPC1973, acrescidos da multa de 10% caso o devedor não cumprisse espontaneamente o comando da sentença, após a liquidação (art. 475-J do CPC73).

Somando-se as duas alterações (art. 461 e 461-A com o novo capítulo sobre o cumprimento de sentença) afastou-se o dogma da intangibilidade da vontade humana, rompendo com a separação entre o processo de conhecimento e o cautelar, pois as medidas coercitivas passaram a ser aplicadas em qualquer fase processual¹⁷, considerando-se as crises de certeza e o maior ou menor aprofundamento dessa cognição.

O cumprimento de sentença retirou a palavra cognatária do texto legal, especificamente no art. 475-N, e assim, a doutrina até então minoritária que acreditava ser possível a imediata execução de determinadas sentenças declaratórias ganhou força, ao passo que, a corrente doutrinária até então majoritária começou a refletir acerca da possibilidade de se admitir a sentença declaratória como título judicial.¹⁸

Interessante observar que as características do título judi-

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 152-153.
2. VIANA, José de Segadas. Nacionalização do trabalho. In : MARANHÃO, Délio, SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro : F. Bastos, 1978. p. 397-418.
3. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. In YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 693-711, p. p. 696/697.
4. Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 284-287.

15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 588.202/PR*. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 25/02/2004, p. 123.
16. LEONEL, Ricardo de Barros. Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. In YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 693-711, p. 701.
17. LEONEL, Ricardo de Barros. Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. In YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 693-711, p. 700.
18. PEREIRA, Rafael Caselli. *O dogma da condenatoriedade: sentença declaratória como título executivo judicial*. Disponível on line: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Senten%C3%A7a%20Declarat%C3%B3ria%20como%20T%C3%ADtulo%20Executivo%20Judicial%20-%20abdpc.pdf>. Acesso em mai. 2019, p. 2.

cial, certeza e liquidez, decorrentes de uma sentença condenatória, também foram mitigadas ao se permitir o cumprimento das decisões que antecipam o mérito proferidas no curso do processo – art. 273, 461 e 461-A do CPC1973.¹⁹

Esse entendimento foi sendo desenvolvido pela jurisprudência, e o segundo julgado paradigmático a respeito do tema surgiu em 2008 com o julgamento de outro Recurso Especial, n. 961.951, também proveniente do Paraná, dessa vez pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por relator a Ministra Eliana Calmon:

[...] é possível ao autor deduzir pedido meramente declaratório da existência ou da inexistência de relação jurídica, ainda que ocorrida a violação do direito. Diante disso, é equivocada a extinção do processo, sem resolução do mérito, sob o argumento de que os recorrentes não possuíam interesse processual em ver declarado o direito à reparação dos alegados prejuízos sofridos com a safra de trigo de 1987, ante a suposta ausência de pedido condenatório. Recurso especial provido, para determinar o prosseguimento da ação, sem prejuízo da reavaliação, pelo magistrado de primeiro grau, das condições da ação e demais pressupostos processuais²⁰

Dessa vez, o processo original versava sobre um prejuízo sofrido na safra de trigo de 1987, não havendo pedido expresso referente à condenação do réu à reparação dos prejuízos causados, apenas o juízo de certificação de que houve prejuízo, sendo o cumprimento de sentença o meio de se encontrar e cobrar esse prejuízo sofrido. Observe-se que a liquidação de sentença é utilizada para se aferir o *quantum* devido economizando-se tempo das partes e do sistema judicial. E dessa forma basta apenas submeter o título executivo judicial ao cumprimento de sentença previsto nos arts. 475-O e 475-I, § 1º do CPC 1973.

Essa tese ainda sofria duras críticas da doutrina processual civil sob o fundamento de que na sentença meramente declaratória (CPC 4º) não há imposição de obrigação nem de sanção, traço caracterizador da eficácia executiva da sentença, não contendo esse tipo de sentença a aptidão necessária para impor a prática de atos de execução. Outro argumento é o de que não se poderia conferir a essa sentença de mera declaração uma eficácia não pedida pelo autor da ação, impondo-se ao réu consequência diversa daquela para o qual fora citado para defender. E nesse sentido, a doutrina rebatia o argumento da celeridade sob o enfoque na autonomia da vontade do autor em pedir apenas o juízo de certeza e não o de condenação, pois “o processo civil é *dispositivo, cabendo o autor delimitar a lide e, por conseqüência, o conteúdo e a eficácia da sentença. Economia e celeridade processual têm como limite as regras do devido processo legal e dos sistemas*

19. FUX, Luis. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1996, p. 118-120.

20. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 961.951/PR*. Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 09/12/08, DJe 27/02/09.

da CF e do CPC”²¹, mesmo com a normatização.²²

A academia processual civil estava dividida, seguindo a doutrina de Tourinho e Zavascki, bem como a jurisprudência e inovação legislativa, Theodoro Júnior comentou o art. 475-N do CPC 1973:

[...] ao descrever o título executivo judicial básico, o art. 475-N, redigido pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005, não mais o restringe à sentença condenatória civil, pois considera como tal toda ‘sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia’. Alargou-se, dessa forma, a força executiva das sentenças para além dos tradicionais julgados de condenação, acolhendo corrente doutrinária e jurisprudencial que, mesmo antes da reforma do CPC, já vinha reconhecendo possibilidade, em certos casos, de instaurar execução por quantia certa também com base em sentenças declaratórias.²³

O art. 515, I do CPC 2015 encampou a ideia, ampliando-a ao alterar a redação ampliando as possibilidades de eficácia executória ao substituir o vocábulo sentença por decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. Essas decisões não são propriamente a sentença, mas podem ser decorrentes das tutelas de urgência e emergência proferidas ao longo da fase de conhecimento, tanto aquelas que asseguram o resultado útil do processo, ou seja, as sanções processuais para que uma decisão seja cumprida, como aquelas que antecipam o bem da vida em razão de uma cognição sumária com pouca ou rara crise de certeza.

Isso porque o Código de Processo Civil de 2015 também trouxe a inovação referente à estabilização das tutelas antecipadas, efeito de imutabilidade após dois anos (art. 304, §5º) sem recurso ou alteração dessa decisão (art. 304, §3º), porém alguns doutrinadores defendem a necessidade de pedido expresso quanto à estabilização e ausência de recurso do réu²⁴ – interpretando o art. 303 e 304 do CPC – não sendo essa uma exigência legal, razão pela qual discorda-se dessa doutrina, mormente em razão do art. 322, §2º que inseriu a necessidade de interpretação do pedido em conjunto com o conjunto postulatório.

Interessante destacar que a interpretação do pedido, res-

21. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 753.

22. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 753.

23. THEODORO JR., Humberto. *Código de processo civil anotado*, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 355.

24. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: *Processo em jornadas : XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual : XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016.

tritativa até 2015 antes do advento da nova codificação, diante do antigo art. 460 do CPC 1973 também sofreu uma mudança com a redação do art. 322 do CPC, §2º que fixa a interpretação do pedido certo considerando o conjunto da postulação, observado o princípio da boa-fé. Essa modificação para mitigar a formalidade existente no Direito Processual Civil é muito interessante do ponto de vista da ampliação do significado dos pedidos e combinado com o art. 515 do CPC reforça ainda mais a ideia de permissão legal, não só da execução/cumprimento de sentença dos títulos declaratórios, mas também das decisões decorrentes da estabilização das antecipações de tutela.

A decisão posterior à reforma processual civil, considerada um reforço aos paradigmas traçados por Teori Albino Zavascki e Eliana Calmon, é a do Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial n.º 1324. 152, oriundo de São Paulo, julgado em 4 de maio de 2016: “A sentença, qualquer que seja sua natureza, de procedência ou improcedência do pedido, constitui título executivo judicial, desde que estabeleça obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer ou entregar coisa, admitida sua prévia liquidação e execução nos próprios autos”²⁵.

Em síntese, no âmbito do processo civil há sentenças declaratórias que certificam a existência de uma obrigação de fazer ou não fazer que têm em si o efeito executivo, assim como aquelas que certificam a existência de uma obrigação de pagar, não sendo necessário um duplo juízo de certificação para o seu cumprimento, provisório ou definitivo, considerando que os artigos do cumprimento de sentença, inovadores na reforma de 2005 foram reproduzidos na codificação de 2015, capítulos IV a VI do Livro I, embora com alguma resistência da doutrina, que se tornou minoritária quanto ao tema, reconhecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desde 2004, antes mesmo da reforma processual.

No âmbito do Direito Processual Trabalhista há várias hipóteses de sentenças declaratórias com eficácia executiva, considerando-se a crise de certeza dirimida numa sentença trabalhista a exemplo da responsabilidade do empregador quanto ao acidente de trabalho, e eventualmente dos tomadores de serviço; da própria ação declaratória de vínculo, tempo de serviço e salário; da existência de agentes insalubres ou perigosos no meio ambiente de trabalho; dentre outras. Esses juízos de certeza emitidos pelas sentenças trabalhistas também podem ser objeto de cumprimento de sentença, mesmo provisória, considerando a eficácia executiva intrínseca contida nesses temas.

Observe-se que o art. 879 da CLT mantido com a Lei n.º 13.467/2017 prevê expressamente a liquidação das sentenças por mero cálculo, artigos ou arbitramento, sendo esses institutos compatíveis com a especificação das obrigações pecuniárias decorrentes das sentenças meramente declaratórias citadas. Por exemplo, uma sentença que reconhece a responsabilidade do empregador quanto a um dano decorrente do acidente de trabalho e também o grau de incapacidade desse

25. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.224.152/SP*. Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 4/05/2016, Publ. DJE 15/06/2016.

empregado pode ser liquidada por artigos, liquidando-se os prejuízos decorrentes desse ato.

A consolidação manteve-se silente, mesmo após a reforma trabalhista quanto ao procedimento adotado para a liquidação de sentença por artigos, e dessa forma, por compatibilidade (art. 769 da CLT e art. 15 do CPC) faz-se necessária a importação dialógica da normatização do CPC2015, art. 509, II e art. 515:

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

[...]

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

[...]

Art. 511. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código

Assim, nessa importação, haverá a necessidade da liquidação indicar os valores que entende devidos em uma petição, com o respectivo cálculo a partir do dano emergente e dos lucros cessantes, pois a certeza de reparação já foi fixada, por exemplo no caso da responsabilidade pelo acidente de trabalho ou doença laboral. Se houver necessidade de audiência, essa também poderá ser designada, até mesmo para tentativa de conciliação, que continua sendo permitida a qualquer momento no processo do trabalho.

Em um segundo exemplo, certificação do vínculo de emprego, tempo e salário, também tem-se uma eficácia executória intrínseca nessa sentença, pois, se os salários não foram pagos em conformidade com o reconhecimento do vínculo obrigacional em juízo não há necessidade de uma dupla certificação, apenas do cumprimento de sentença, que também poderia ser realizado por meio da liquidação por artigos, assim como o pagamento de férias e 13º salário.

No terceiro exemplo, os adicionais poderão ser executados com a inserção da obrigação de pagar por mero pedido de execução, considerando a inexistência do *jus postulandi* e a extinção da execução de ofício para os reclamantes com advogado constituído – art. 878 da CLT pós reforma trabalhista.

Não há julgados nesse sentido até o presente momento, embora a solução importada do Processo Civil propicie a solução para alguns problemas relacionados ao acesso à Justiça do Trabalho nesse período pós reforma, quando o legislador retirou apenas do juiz trabalhista o poder-dever de analisando o caso concreto verificar se a parte pode litigar sem prejuízo do seu sustento e de sua família, ao alterar o art. 790, §3º, fixando a regra das custas processuais independente do benefício da justiça gratuita ainda que a parte esteja inserida na regra de salário abaixo de 40% do teto de pagamento dos benefícios previdenciários, pois as ações declaratórias

não contém pedidos pecuniários, apenas mera declaração, juízo de certificação de um direito.

A fixação de valores aos pedidos volta para o lugar adequado que é a fase liquidatória e não a fase do processo de conhecimento, pois nesse momento o direito ainda não foi certificado para que haja a obrigatoriedade do cálculo monetário dos pedidos, pois há que se observar a natureza jurídica do pedido como o decorrente dos lucros cessantes em acidentes e doenças de trabalho, que podem consolidar-se inclusive após o ajuizamento da ação trabalhista, o que impediria o cumprimento de sentença observada a regra do art. 841 da CLT e art. 492 do CPC2015 aplicado subsidiariamente, sem a consideração prévia do art. 322, §2º também do CPC 2015, importados por força do art. 769 da CLT.

Os obstáculos ao acesso à Justiça Especializada com o manejo das ações declaratórias seriam ultrapassados ao se aplicar a regra do processo comum quanto à eficácia executiva das ações declaratórias, doutrinariamente e jurisprudencialmente reconhecidas há mais de uma década e sem aplicação similar no âmbito do Processo do Trabalho.

Fica assim a reflexão sobre o diálogo de fontes para a concretização de direitos, proporcionando uma maior eficácia da norma trabalhista, com economia, celeridade e efetividade tão caros ao Processo do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica procedimental*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 588.202/PR*. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 25/02/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 961.951/PR*. Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 09/12/08, DJe 27/02/09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.224.152/SP*. Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 4/05/2016, Publ. DJE 15/06/2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FUX, Luis. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1996.

LEONEL, Ricardo de Barros. Código de Processo Civil de 2015 em perspectiva. In YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In *Temas de direito processual civil*. 1ª Série, São Paulo: Saraiva, 1977.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed., São Paulo: RT, 2008

PEREIRA, Rafael Caselli. *O dogma da condenatoriedade: sentença declaratória como título executivo judicial*. Disponível on line: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Senten%C3%A7a%20Declarat%C3%B3ria%20como%20T%C3%ADulo%20Executivo%20Judicial%20-%20abdpc.pdf>>. Acesso em mai. 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: *Processo em jornadas : XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual : XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Código de processo civil anotado, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOURINHO NETO, Fernando. A Eficácia Executiva da Sentença Declaratória. In: *Revista de Informação Legislativa*: Brasília. a. 29 n. 115. pp. 560 e ss.

VIANA, José de Segadas. Nacionalização do trabalho. In: MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. p. 397-418.

ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

LÚCIA MIDORI KAJINO

Graduação em Direito pela UNESP (2011)

Especialização em Direito do Trabalho pela USP (2014)

Mestre pela USP (2017)

Advogada e cofundadora da DEFEMDE – Rede Feminista de Juristas

EMPREGO BANCÁRIO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO ESTORNO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EM CASO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE HORAS EXTRAS ALÉM DA 6ª DIÁRIA

Resumo: O presente artigo pretende tecer alguns questionamentos quanto às novas regras de compensação de gratificação de função com as horas extraordinárias deferidas em ações judiciais que descaracterizam o cargo de confiança bancário previsto no art. 224, §2º da CLT.

Palavras-chave: Gratificação de função. Compensação. Emprego bancário. Bancos. Assédio moral estrutural. Mudança legislativa.

Pelo presente artigo pretende-se demonstrar alguns apontamentos sobre as novas regras de compensação de gratificação com função com as 7ª e 8ª horas pleiteadas na Justiça do Trabalho por trabalhadores bancários, mudança essa feita por meio de negociação coletiva (cláusula 11ª da Convenção Coletiva dos Bancários de 2018/2020, parágrafos 1º e 2º e cláusula 5ª da Convenção Coletiva dos Financeiros de 2018/2020, parágrafos 2º e 3º) e por meio da redação do parágrafo 3º do art. 224 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) advinda pela Medida Provisória (MP) nº 905/2019.

Em primeiro lugar, há se reproduzir tais mudanças normativas/legislativas:

CLAUSULA 5ª - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

A gratificação de função, a que alude o parágrafo 2º do artigo 224 da CLT, não será inferior a 55% (cinquenta e cinco por cento) do salário do cargo efetivo, respeitados critérios mais amplos.

[...]

PARÁGRAFO SEGUNDO- Havendo decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º, do art. 224 da CLT, estando este recebendo ou tendo já recebido a gratificação de função, que é a contrapartida ao trabalho prestado além da 6ª (sexta) hora diária, de modo que a jornada somente é considerada extraordinária após a 8ª (oitava) hora trabalhada, o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado, com o valor da gratificação de função prevista neste parágrafo será aplicável às ações ajuizadas a partir de 1º.12.2018.

PARÁGRAFO TERCEIRO- A dedução/compensação prevista no parágrafo acima deverá observar os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) será limitada aos meses de competência em que foram deferidas as horas extras e nos quais tenha havido o pagamento da gratificação prevista nesta cláusula; e
- b) o valor a ser deduzido/compensado não poderá ser superior ao auferido pelo empregado, limitado ao percentual de 55% (cinquenta e cinco por cento) mencionado no caput, de modo que não pode haver saldo negativo.¹

CLAUSULA 11 - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO [...]

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Havendo decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º, do art. 224 da CLT, estando este recebendo ou tendo já recebido a gratificação de função, que é a contrapartida ao trabalho prestado além da 6ª (sexta) hora diária, de modo que a jornada somente é considerada extraordinária após a 8ª (oitava) hora trabalhada, o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado, com o valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado. A dedução/compensação prevista neste parágrafo será aplicável às ações ajuizadas a partir de 1º.12.2018.

PARÁGRAFO SEGUNDO - A dedução/compensação prevista no parágrafo acima deverá observar os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) será limitada aos meses de competência em que foram deferidas as horas extras e nos quais tenha havido o pagamento da gratificação prevista nesta cláusula; e
- b) o valor a ser deduzido/compensado não poderá ser superior ao auferido pelo empregado, limitado ao percentual de 55% (cinquenta e cinco por cento) mencionado no caput, de modo que não pode haver saldo negativo.²

Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica

1. BRASIL. Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. **Convenção coletiva de trabalho – 2018/2020**. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/financiaros_cct_2018-2020_vfinal.pdf>. Acesso em 20.nov.2019.

2. BRASIL. Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. **Convenção coletiva de trabalho**. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/com11418_-_cct-2018-2020.pdf>. Acesso em 20.nov.2019.

Federal, para aqueles que operam exclusivamente no caixa, será de até seis horas diárias, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana, podendo ser pactuada jornada superior, a qualquer tempo, nos termos do disposto no art. 58 desta Consolidação, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, hipóteses em que não se aplicará o disposto no § 2º. (Redação dada pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

§ 3º Para os demais empregados em bancos, em casas bancárias e na Caixa Econômica Federal, a jornada somente será considerada extraordinária após a oitava hora trabalhada. (Incluído pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

§ 4º Na hipótese de decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º, o valor devido relativo a horas extras e reflexos será integralmente deduzido ou compensado no valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado. (Incluído pela Medida Provisória nº 905, de 2019)³

“inchaço” no Poder Judiciário trabalhista. A título de exemplo, o Itaú Unibanco S.A. lidera a lista dos dez maiores litigantes na Justiça do Trabalho nos Tribunais Regionais Trabalhistas (TRT) das 1ª e 6ª Regiões, ao passo que a CEF lidera o ranking dos TRT's da 7ª e 13ª Regiões, conforme demonstra a tabela parcialmente reproduzida a seguir:

TRT 1ª Região - Rio de Janeiro - RJ

Tabela Única - Quantidade de processos associados aos 10 maiores litigantes.

TRT 1ª Região
Índice de Redução do Acervo dos Maiores Litigantes - IRA

Posição	Litigante	Nº de Processos no 1º Grau	Nº de Processos no 2º Grau	Total
1	Itaú Unibanco S.A.	2.179	108	2.283
2	Via Varejo S.A.	1.882	54	1.936
3	Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras	1.510	284	1.794
4	Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE	1.466	126	1.592
5	Banco Santander - Brasil S.A.	1.211	72	1.283
6	Banco Bradesco S.A.	983	84	1.067
7	SERDE - Serviços de Rede S.A. (cadastrada como sucessora, com o mesmo CNPJ, de Telemont Engenharia de Telecomunicações S.A.)	1.003	14	1.017
8	Companhia Siderúrgica Nacional - CSN	871	102	973
9	Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU	926	10	936
10	Casas Guanabara Comestíveis Ltda.	889	9	898
Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento na instância em 31/12/2015		12.916	863	13.779

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região

TRT 6ª Região - Recife - PE

Tabela Única - Quantidade de processos associados aos 10 maiores litigantes.

TRT 6ª Região
Índice de Redução do Acervo dos Maiores Litigantes - IRA

Posição	Litigante	Nº de Processos no 1º Grau	Nº de Processos no 2º Grau	Total
1	Itaú Unibanco S.A.	1.742	25	1.767
2	Bom Preço Supermercados do Nordeste Ltda.	957	16	973
3	CONTAX	912	36	948
4	CELPE - Companhia Energética de Pernambuco	871	24	895
5	CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos	873	7	880
6	COMPESA - Companhia Pernambucana de Saneamento	847	23	870
7	Estado de Pernambuco	834	5	839
8	Caixa Econômica Federal	717	19	736
9	Odebrecht	344	17	361
10	CACHOOL - Comércio e Indústria S.A.	161	6	167
Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento na instância em 31/12/2015		8.256	178	8.434

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região

TRT 7ª Região - Fortaleza - CE

Tabela Única - Quantidade de processos associados aos 10 maiores litigantes.

TRT 7ª Região
Índice de Redução do Acervo dos Maiores Litigantes - IRA

Posição	Litigante	Nº de Processos no 1º Grau	Nº de Processos no 2º Grau	Total
1	Caixa Econômica Federal	322	329	651
2	Município de Fortaleza - Prefeitura Municipal	358	115	473
3	Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização South do Brasil - Serviços de Tele atendimento, Comércio de Componentes Eletrônicos, Equipamentos de Telefonia e Comunicação Ltda.	310	22	332
4	Companhia de Saneamento de Fortaleza S.A.	324	1	325
5	Cocacoe Coop dos Caçambeiros Aut. do Estado do Ceará Ltda.	297	1	298
6	Banco do Brasil S.A.	182	87	269
7	Vicunha Têxtil S.A.	77	162	239
8	Itaú Unibanco S.A.	210	29	239
9	Posco Engenharia e Construção Do Brasil Ltda.	185	30	215
10	Itaú Unibanco Holding S.A.	198	0	198
Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento na instância em 31/12/2015		2.463	776	3.239

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região

Para o estudo da validade dessa novas regra para o ambiente bancário, partir-se-á de um questionamento: porque os bancos são os que menos empregam no Estado de São Paulo, pagam a mesma média salarial para alguns cargos analisados – o corte foi realizado com Analista de Recursos Humanos (RH) ou Analista de Tecnologia da Informação (TI) – mas são os maiores litigantes no país?

Assim, há se questionar: qual a quantidade de processos envolvendo bancos na Justiça do Trabalho?

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), com base em dados fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, divulgou as listas com os maiores litigantes da Justiça do Trabalho em 2015. Os documentos revelam as empresas que têm a maior quantidade de processos em tramitação no TST e em âmbito regional. Ao analisar o cenário como um todo, ficam na liderança dos maiores litigantes do Brasil os bancos privados, varejo, telefonia, produtoras de petróleo, siderúrgicas, construtoras, empresas públicas, mineradoras e produtoras de alimentos⁴

Ou seja, os bancos privados são um dos responsáveis pelo

3. BRASIL. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 20.nov.2019.

4. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Notícias. Justiça do Trabalho publica listas com maiores litigantes no país. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/noticiadestaque/-/asset_publisher/6Mvh/content/justica-do-trabalho-publica-listas-com-maiores-litigantes-no-pais?redirect=%2Finicio%2F-%2Fasset_publisher%2F7PL%2Fcontent%2Fcolegior-elege-comissoes-para-atuarem-no-csjt%3Fredirect%3D%2F>. Acesso em 26.dez.2016. Sem grifo no original.

TRT 13ª Região - João Pessoa - PB

Tabela Única - Quantidade de processos associados aos 10 maiores litigantes.

TRT 13ª Região
Índice de Redução do Acervo dos Maiores Litigantes - IRA

Posição	Litigante	Nº de Processos no 1º Grau	Nº de Processos no 2º Grau	Total
1	Caixa Econômica Federal	46	172	218
2	Alpargatas S.A.	146	0	146
3	Claro S.A.	34	99	133
4	AEC Centro de Contatos S.A.	117	10	127
5	TESS Indústria e Comércio Ltda	53	4	57
6	Companhia Usina São João	48	4	52
7	CAGEPA	23	18	41
8	Estado da Paraíba	27	9	36
9	UFCG	26	1	27
10	A Fortaleza Paraíba Segmento Patrimonial	23	0	23
Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento na instância em 31/12/2015		543	271	814

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região

O TRT da 2ª Região, que abrange a Grande São Paulo e parte da Baixada Santista, dentre os dez maiores litigantes de 2015, três são instituições bancárias: em segundo lugar, o Itaú Unibanco S.A., com 6.977 processos; em terceiro lugar, o Banco Bradesco S.A., com 5.505 processos e o Banco Santander (Brasil) S.A., com 4.601 processos. Segue tabela dos cinco maiores bancos que aparecem nessa lista, somando todas as regiões⁵:

Tabela 01:
Número de processos dos dez maiores litigantes - Bancos (2015)

Empresa	Nº de processos em 1º grau	Nº de processo no 2º grau	Total
Itaú Unibanco S.A.	13.369	1.449	14.818
Banco Santander - Brasil S.A.	9.517	1.094	10.611
Banco Bradesco S.A.	12.394	1.528	13.922
Caixa Econômica Federal	9.327	1.909	11.236
Banco do Brasil S.A.	5.806	1.248	7.054

Fonte: Conselho Superior da Justiça do Trabalho

Ademais, segue lista dos bancos que possuem 100 ou mais processos em tramitação no TST:

5. Ressalta-se que não houve a divulgação, pelo CSJT, do número de processos por empresa, pelo que não se pode apurar o número total de processos ajuizados em face dos principais bancos que não constam em todas as listas, pelo que se optou em concentrar nesses cinco bancos, que eram mais recorrentes em todas as regiões da Justiça do Trabalho. Nenhum desses cinco bancos apareciam nas listas dos TRT's da 08ª, 11ª, 12ª, 14ª, 20ª, 22ª, 23ª e 24ª Regiões. Dessa forma, a tabela é apenas para ilustrar o número expressivo de ações envolvendo lides bancárias, mas não representa a totalidade de medidas processuais ajuizadas em face de instituições bancárias e financeiras.

Tabela 02:
Número de processos dos bancos com mais de 100 processos em tramitação no TST (2015)

Empresa	Polo Ativo	Polo passivo	Total
Caixa Econômica Federal – CEF	4.773	6.196	10.969
Banco do Brasil S.A.	6.131	4.376	10.507
Banco Santander (Brasil) S.A.	2.797	2.168	4.965
Itaú Unibanco S.A.	2.317	2.611	4.928
Banco Bradesco S.A.	1.623	2.210	3.833
HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo	917	703	1.620
Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.	503	174	677
Banco BMG S.A.	370	124	494
BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento	219	319	538
Banco Safra S.A	211	121	332
Banco Itaú S.A.	124	191	315
Banco Citibank S.A.	163	144	307
Banco Itaucard S.A	104	192	296
Banco Mercantil do Brasil S.A	136	146	282
Banco Citicard S.A.	88	170	258
Banco Votorantim S.A	133	117	250
Banestes S.A. - Banco do Estado do Espírito Santo	146	101	247
Banco do Nordeste do Brasil S.A	130	67	197
Banco da Amazônia S.A.	129	40	169
Banco Rural S.A	132	36	168
HiperCard Banco Múltiplo S.A.	65	102	167
Banco Panamericano S.A	47	98	145
Banco Santander S.A.	70	72	142
Banco Banestado S.A.	26	93	119
Banco Fibra S.A.	92	16	108
Banco do Estado de Santa Catarina S.A. - BESC	18	82	100

Fonte: Conselho Superior da Justiça do Trabalho

A jornada de trabalho dos bancários ainda é considerada o objeto de maior controvérsia nas ações judiciais trabalhistas. Embora a redução de jornada de 6 horas seja considerada uma conquista da categoria, conforme será visto a seguir, a tentativa de burlar referida estipulação é ponto nevrálgico em quase todas as ações trabalhistas envolvendo a categoria bancária.

Fabiola Marques, em matéria para a Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas (Fenacon) narra que “o ramo bancário, por ter uma jornada diferenciada, de apenas seis horas, é conhecido pelas discussões envolvendo horas extras”.

A jornada de seis horas vale exceto para quem exerce cargo de confiança. Mas isso faz com que muitos bancos concedam de forma indevida cargos de gerente e subgerente. Tudo para evitar que eles trabalhem apenas por seis horas.

Quando esse tipo de situação chega na Justiça do Trabalho, a professora conta que os supostos cargos de gerência acabam sendo descartados. “São profissionais que não podem assinar em nome do banco, que não têm subordinados, que não podem contratar. Não há atividade de confiança”, acrescenta Fabiola. Se a Justiça entende que esse é o caso, o banco acaba condenado a pagar ao funcionário as horas extraordinárias devidas acima da jornada de seis horas.

Além das horas extras, outro pedido que tem sido bastante frequente na visão da professora é o de danos morais. Apesar de a reivindicação ser comum contra também contra outros segmentos, ela entende que no caso dos bancos esse pedido é mais frequente. “Chega-se a um nível absurdo. As razões vão desde apelidos até a cobrança muito grande de metas”, aponta a especialista.

Outra tese que tem rendido muitas reclamações trabalhistas para os bancos é a da terceirização. Em muitos casos, a professora relata que o funcionário terceirizado atua dentro da agência bancária, possui acesso ao sistema restrito do banco e atende os clientes do banco. “Nesses casos existe uma vinculação muito grande com o banco”, aponta ela.⁶

Ora, não se trata de mera coincidência o grande número de ações em face de bancos. Há se ter relação entre as inúmeras práticas de assédio organizacional e o ajuizamento de ações em face das instituições bancárias, pois há reiteradas práticas de negativa e omissão de direitos à categoria bancária, que tenta na Justiça do Trabalho a efetivação de alguns direitos suprimidos.

Mas, mesmo sendo um dos maiores litigantes, alguns estudos demonstram que os bancos não são os maiores empregadores do país, ou mesmo do estado de São Paulo, conforme tabela a seguir:

6. FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS CONTÁBEIS E DAS EMPRESAS DE ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E PESQUISAS. Roberto Dumke. **Bancos, varejo e telefonia lideram em número de processos** trabalhistas. Disponível em: <http://fenacon.org.br/noticias/bancos-varejo-e-telefonia-lideramem-numero-de-processos-trabalhistas-532/>. Acesso em 26.dez.2016

Tabela 03: Maiores empregadores do Brasil

Ranking	Empresa	Vinculos Empregaticios Celetistas	Setor
1º	Atento Brasil	73.822	Teleatendimento
2º	Brf	55.513	Alimentos
3º	Vale	42.446	Mineração
4º	Delima Comércio E Navegação	41.523	Transportes
5º	Associação Paulista Para O Desenvolvimento Da Medicina	35.906	Saúde
6º	Seara Alimentos	32.881	Alimentos
7º	Itau Unibanco	32.514	Financeiro
8º	Liq Corp	31.057	Teleatendimento
9º	Empresa Brasileira De Servicos Hospital - Ebserh	29.886	Saúde
10º	Almaviva Do Brasil Telemarketing E Informática	27.734	Teleatendimento
11º	Jbs	27.110	Alimentos
12º	Top Service Servicos E Sistemas	27.006	Terceirização De Servicos
13º	Petrobras	25.653	wws
14º	Mgs - Minas Gerais Administração E Servicos	24.099	Servicos Públicos
15º	Aurora Alimentos	20.580	Alimentos
16º	Comlurb Cia Municipal De Limpeza Urbana	19.751	Limpeza
17º	Fundação Do Abc	19.640	Saúde
18º	Lideranca Limpeza E Conservacao	19.373	Terceirização De Servicos
19º	Rede D'Or São Luiz	19.322	Saúde
20º	Grendene	18.990	Calçados
21º	Teleperformance Crm	18.969	Teleatendimento
22º	Aec Contact Center	18.873	Teleatendimento
23º	Serede Servicos De Rede	18.548	Telecomunicações
24º	Mrv Construções	17.603	Construção
25º	Fca Fiat Chrysler Automoveis Brasil	16.896	Automóveis
26º	Raízen Energia	16.707	Etanol E Energia
27º	Casa De Saúde Santa Marcelina	16.336	Saúde
28º	Banco Do Brasil	16.008	Financeiro
29º	Brasil Telecom Call Center	15.344	Teleatendimento
30º	Neobpo Servicos De Processos De Negócios	15.010	Teleatendimento
31º	Banco Bradesco	14.784	Financeiro
32º	Volkswagen Do Brasil	14.453	Automóveis
33º	Banco Santander Brasil	14.108	Financeiro
34º	Verzani E Sandrini	13.902	Terceirização De Servicos
35º	Embraer	13.829	Fabricação De Aeronaves
36º	Tam Linhas Aéreas	13.334	Aviação
37º	Telefônica Brasil	13.258	Telecomunicações
38º	Gr Servicos E Alimentação	13.112	Alimentos
39º	Sbithae Albert Einstein	13.074	Saúde
40º	Segurpro Vigilância Patrimonial	12.522	Vigilância E Segurança
41º	Alpargatas	12.517	Calçados
42º	Guararapes	12.426	Vestuário

43º	Orbenk Administracao E Servicos	12.376	Terceirização De Servicos
44º	Cia Siderúrgica Nacional	12.253	Siderurgia
45º	Tel Centro De Contatos	12.252	Teleatendimento
46º	Telemont Engenharia De Telecomunicações	12.168	Telecomunicações
47º	Soluções Servicos Terceirizados Eireli	12.093	Terceirização De Servicos
48º	São Martinho	12.043	Etanol, Açúcar E Energia
49º	Copasa Mg	11.860	Saneamento
50º	M Dias Branco	11.812	Alimentos

Fonte: Ministério da Economia - Caged/fevereiro de 2019

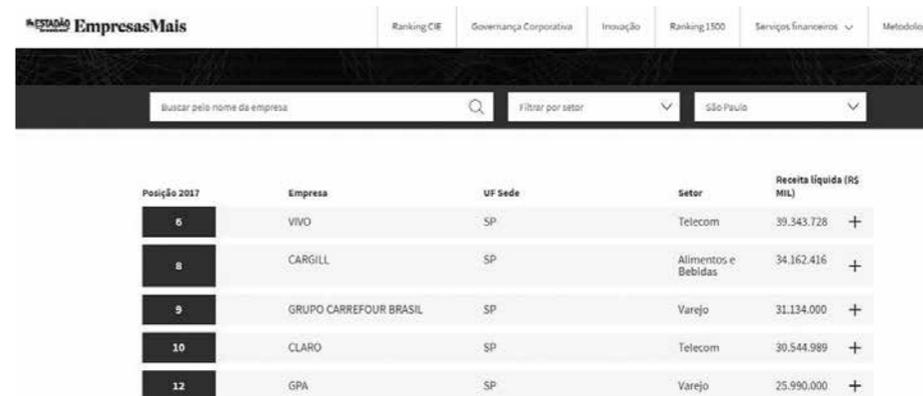
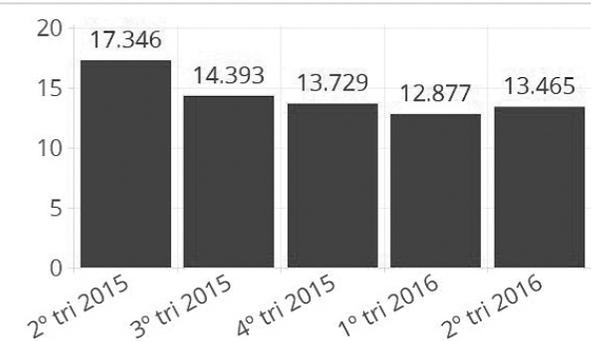


Tabela 04: Lucros dos bancos em bilhões de reais (ago.2016)⁸

Lucro dos bancos Em bilhões de reais



Fonte: Economática Elaborado em 12/08/2016

Fonte: Portal G1

Assim, tem-se que os bancos não são os maiores empregadores, mas estão entre os maiores litigantes na Justiça

Embora os bancos não sejam os maiores empregadores do país/estado de São Paulo, o crescimento dos lucros bancários é um dos maiores dentre as empresas nacionais, mesmo em anos de suposta crise econômica, como foi considerado o ano de 2016. Nesse sentido, observe a seguinte notícia, acompanhada de gráfico:

O lucro dos maiores bancos brasileiros com ações negociadas em bolsa voltou a crescer entre abril e junho deste ano, após três trimestres seguidos de queda, segundo dados divulgados nesta sexta-feira (12) pela provedora de informações financeiras Economática.

Juntos, Banco do Brasil, Bradesco, Itaú e Santander lucraram R\$ 13,46 bilhões no segundo trimestre de 2016 – nos três meses anteriores, o ganho havia sido de R\$ 12,877 bilhões. Apesar da recuperação frente aos trimestres anteriores, o lucro líquido ficou abaixo dos R\$ 17,346 bilhões do mesmo período de 2015, quando foi recorde.

Entre os bancos, o Itaú obteve o melhor resultado no segundo trimestre de 2016, com R\$ 5,51 bilhões, seguido pelo Bradesco com R\$ 4,13 bilhões. O Banco do Brasil registra o terceiro melhor resultado com R\$ 2,46 bilhões e o Santander aparece logo depois, com R\$ 1,34 bilhões. **Todos quatro tiveram alta no lucro em relação aos três meses anteriores.**⁷

7. PORTAL G1. **Lucro dos bancos volta a crescer após três trimestres de queda.** Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/08/lucro-dos-bancos-volta-crescer-apos-tres-trimestres-de-queda.html>. Acesso em 26.dez.2016.

8. Imagem disponível em: <http://s2.glbimg.com/GLt7Yai6_6M-TYaHxT_-bXLKBdEE=/s.glbimg.com/jo/g1/f/original/2016/08/12/bancos_economica.png>. Acesso em 26.dez.2016.

do Trabalho; por fim, há se questionar: os bancos em geral pagam um salário diferenciado ou semelhante ao praticado para a mesma função, no mercado de trabalho, em relação a outras empresas?

Para fins de comparação, observa-se que os bancos, por muitas vezes, paga o salário mínimo que a Convenção Coletiva dos Bancários de 2018/2020 determinado para um empregado de escritório. Explica-se: segundo essa convenção, o piso nacional da categoria seria de R\$ 2.302,52; mas esse empregado de escritório trabalha 8 horas, ou seja, recebe gratificação de função prevista no art. 224, §2º, como será melhor abordado futuramente. Essa gratificação, em razão da norma coletiva, seria de 55% para um empregado do Estado de São Paulo e, portanto, esse empregado receberia, no mínimo, R\$ 3.568,90 em respeito à negociação coletiva.

Todavia, esse valor é muito próximo ao valor do salário mínimo necessário, valor estipulado pelo Departamento Inter-sindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE): há uma diferença de apenas R\$ 411,92.

O DIEESE Publicações Principais temas Pesquisas mensais Produtos e Serviços

Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos Salário mínimo nominal e necessário

2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003
2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994						

Período	Salário mínimo nominal	Salário mínimo necessário
2019		
Setembro	R\$ 998,00	R\$ 3.980,82
Agosto	R\$ 998,00	R\$ 4.044,58
Julho	R\$ 998,00	R\$ 4.143,55
Junho	R\$ 998,00	R\$ 4.214,62
Mai	R\$ 998,00	R\$ 4.259,90
Abril	R\$ 998,00	R\$ 4.385,75
Março	R\$ 998,00	R\$ 4.277,04
Fevereiro	R\$ 998,00	R\$ 4.052,65
Janeiro	R\$ 998,00	R\$ 3.928,73

Por outro lado, segundo pesquisas da rede mundial de computadores (*internet*), demonstra que o valor médio do salário de um Analista de RH, é de R\$ 3.290,00, conforme *print* abaixo:



Ou seja, em relação ao salário que um Banco para um empregado de escritório (como é caso, p. ex., de um Analista de RH), há uma diferença de apenas R\$ 278,90, diferença essa pouco considerável para a suposta convicção de que os Bancos praticam uma remuneração diferenciada/que os empregados bancários recebem um salário maior do que a praticada no mercado.

Esse artigo pretende indicar a invalidade de referida regra de compensação trazida em norma coletiva e por meio de medida provisória, posto que o assédio estrutural no ambiente bancário envolve, além da utilização de muitas práticas como presões constantes de demissões, metas individuais e abusivas, cobrança abusiva de referidas metas, práticas constantes de *turn over*, estimulações para Programa de Demissão Voluntária (PDV) ou Programas de Incentivo à Aposentadoria (PIA), baixos salários para remunerar melhor por produtividade com prêmios e bonificações, desestimulações de fertilidade, aumento de áreas como de melhoria contínua, processos, auditoria e inspetoria, pelo que a reiterada não observância da jornada de 6 horas para a categoria bancária não observa as peculiaridades do setor bancário/financeiro, e a jornada reduzida foi um direito conquistado de forma histórica pelo Sindicato e a mobilização da categoria, pelo que eventual alteração de jornada/compensação de gratificação de função ofende o princípio da proibição do retrocesso dos direitos humanos.

Assim, para iniciar os estudos que se pretendem demonstrar com o presente artigo, há se trabalhar na conceituação de trabalhador bancário, e em igual opção metodológica, em analogia à metodologia para se conceituar trabalhador rural, realizar-se-á neste artigo primeiramente a definição de empregador bancário, para depois se depreender o conceito de um empregado bancário.

Esclarece-se que o foco do presente estudo é sobre o empregado bancário, pelo que não o corte será feito com o emprego bancário, e não com todo o tipo de trabalhador bancário (ou seja, não se abordará os trabalhadores terceirizados, prestadores de serviços autônomos, colaboradores ou trabalhadores “pejotizados”).

Pode-se definir que as instituições financeiras são o gênero do qual o banco é espécie. Nesse sentido, o artigo 17 da Lei nº 4.595/1994 conceitua o que seja uma instituição financeira, *in verbis*:

Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.¹⁰

9. Ou seja, analisar-se-á os trabalhadores que possuem relação de emprego com um Banco, ou seja, relação de trabalho em que há prestação de serviços de maneira pessoal, não eventual, com onerosidade e habitualidade, nos termos do artigo 3º da CLT.

10. BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre

Como regra geral, todas as instituições financeiras são reguladas pelo BACEN, pois não podem funcionar sem prévia autorização desse órgão, nos termos do disposto no *caput* do artigo 18 de referida lei.

Já um banco pode ser conceituado como uma instituição pertencente ao SFN, regulado pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e que cumpre as seguintes funções: (i) rentabiliza as economias e poupanças das pessoas e empresas através do pagamento de juros; (ii) financia o consumo e o investimento das pessoas e empresas cobrando para isso juros e comissões; (iii) realiza serviços de pagamentos e recebimentos também para seus clientes pessoa física ou jurídica e para isso cobra tarifas.

Existem três tipos de bancos: o banco comercial, o de investimentos e o banco múltiplo. Um banco comercial pode ser privado ou público, nacional ou estrangeiro. Nele, clientes pessoa física ou jurídica podem realizar ou movimentar, por exemplo, contas correntes, contas de poupança, fundos de investimento, contas especiais, cartões de crédito, empréstimos pessoais, crédito consignado, empréstimos para capital de giro, financiamentos para compra da casa própria, pagamento de contas e boletos, transferência de fundos, pagamento de salários, pagamento de aposentadorias do INSS, do Bolsa Família. Os bancos comerciais caracterizam-se por prestar serviços à sociedade e por isso mesmo possuem redes de agências e postos de atendimento bancário, oferecendo ainda canais eletrônicos para o público, tais como *internet banking*, *call centers* e caixas eletrônicos.

Já os bancos de investimentos são instituições financeiras privadas, especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento de longo prazo da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro, bem como na administração de recurso de terceiros. Os bancos de investimento não possuem contas correntes e captam recursos via depósito a prazo, repasse de recursos externos e internos, e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados.

Por fim, os bancos múltiplos são as instituições bancárias que reúnem as funções de banco comercial e de banco de investimento.

Entre os grupos econômicos¹¹ que envolvem instituições bancárias, percebe-se a existência de empresas prestadoras de serviços correlatas a atividades financeiras, porém não bancárias (seguradoras, corretoras de valores e títulos mobiliários, prestadoras de serviços, gestoras de recursos, administradoras de cartões, dentre outras).

Ora, ainda que uma financeira e um banco tenham ativida-

a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em 02.out.2016.

11. Utilizar-se-á neste trabalho o conceito amplo de grupo econômico, sendo assim considerado o grupo de empresas que, seja por relação de coordenação entre atividades, seja por hierarquização, com a existência de uma empresa controladora, ou “empresa-mãe”, nos termos do §2º do artigo 2º da CLT, possuem fim empresarial comum.

des semelhantes, caso um empregado trabalhe com as atividades exclusivas e inerentes às atividades bancárias, o seu enquadramento sindical será como bancário, com os direitos correlativos da categoria bancária.

No entanto, as categorias profissionais não se confundem, pois há sindicatos diversos para os empregados da atividade financeira e para aqueles da atividade bancária e, portanto, há instrumentos coletivos diversos, com benefícios normativos diversos. Em julgamento proferido nos autos do processo RR 130000-86.2007.5.10.0019, o Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga destacou que a equiparação de que trata a Súmula 55 do TST (abordada a seguir) refere-se às instituições, e não aos trabalhadores.

Dessa forma, não se pode confundir instituição financeira de um banco, tampouco um empregado bancário com um empregado financeiro. Nesse sentido, observe-se que há sindicatos diversos para representar essas categorias econômicas diversas.

Equiparam-se aos bancários, para fins trabalhistas, o empregado de centro de processamento de dados que presta serviços a banco integrante do mesmo grupo econômico, conforme Súmula nº 239 do TST¹².

Contudo, para fins de metodologia, neste trabalho abordar-se-á os dois tipos de trabalhadores em conjunto, sem existência de recorte e/ou diferenciação entre bancários e financeiros, e quando se aborda um bancário, pode-se pensar que a situação abordada também cuida de um trabalhador do ramo financeiro.

Superada a questão de definição de uma entidade bancária ou financeira, há se entender que o empregado bancário é o trabalhador que preenche todos os requisitos para a caracterização de uma relação de emprego na prestação de serviços para uma entidade bancária ou financeira.

Estipuladas as primeiras premissas desse estudos, após anos de atendimento a empregados bancários, há se entender que, em geral, os grandes bancos privados (Itaú Unibanco S/A, Banco Santander Brasil S/A, Banco Bradesco S/A) e públicos (Banco do Brasil S/A e Caixa Econômica Federal) são conhecidos, no jargão popular, por “pagarem tudo direito”, ou seja, por supostamente serem bons empregadores, já que não há atrasos significativos no pagamento de salários, há o pagamento de benefícios consideráveis e agendamento correto de férias, dentre outros direitos trabalhistas mais

12. Súmula nº 239 do TST. BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998). In BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-55>. Acesso em 14.jul.2016.

conhecidos no imaginário trabalhista conhecido como “rádio peão”.

Assim, em geral tem-se a impressão de que os bancários lidam com corretos contratos de trabalho, formalmente existentes e assinados, com previsão de jornada e pagamento dos deveres trabalhistas.

Contudo, o que é pouco conhecida é a quantidade das “fraudes” trabalhistas que podem ser inclusas nesse vínculo de emprego mais formal e documentado. Dentre elas, pode-se citar a pré-contratação de horas extras, cargos de confiança ocupados por bancários com trabalho meramente técnico, desvio de função, acúmulo de função e a inexistência de quadro de carreira homologado no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Esmiçar-se-á algumas dessas citadas lides mais comuns nos processos trabalhistas envolvendo contratos de bancários.

Talvez o ponto mais comum, numericamente recorrente e mais nevrálgico da seara trabalhista seja a questão das apelidadas “horas extras”, termo advindo da abreviação do termo “horas extraordinárias”. Não seria diferente, portanto, nos contratos de trabalho bancário/financeiro.

Apenas para se entender a jornada de trabalho bancária, necessário esclarecer-se que a jornada de trabalho constitucionalmente prevista para os trabalhadores em geral é a constante do artigo 7º, inciso XIII, da CRFB, sendo de 8 horas diárias e 44 horas semanais, sendo o sábado considerado dia útil.

Referida norma reflete o artigo 11 da CLT, que previa idêntico limite diário para a jornada; contudo, previa o limite de 48 horas semanais antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com a redução de referidas 4 horas da duração semanal do trabalho, o divisor de horas extras foi reduzido de 240 para 220, nos termos da regra disposta no artigo 64 da CLT. Dessa forma, o limite semanal de horas de trabalho previsto na CLT não foi recepcionado pela CRFB.

Ao contrário do artigo 11 da CLT, e em razão do princípio da proibição do retrocesso social e da regra hermenêutica da especialidade, o artigo 224 da CLT (antes da redação dada pela MP nº 905/2019) foi recepcionado pela CRFB, por ser regra específica à categoria bancária e por ser regra mais benéfica àquela categoria.

Para se melhor compreender a jornada reduzida prevista para os bancários, abordar-se-á brevemente a história da categoria bancária. Para tanto, utilizar-se-á o histórico do Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região, conforme consta no sítio eletrônico da entidade sindical.

“A Associação dos Funcionários de Bancos de São Paulo teve seu estatuto aprovado em 16 de abril de 1923, em assembleia da qual participaram oitenta e quatro bancários”¹³. A Associação passou a chamar-se Sindicato dos Bancários de São Paulo somente na década seguinte. Até a criação dessa “associação”, os bancários eram integrados à categoria dos

13. BRASIL. Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. **História**. Disponível em: <<http://www.spbancarios.com.br/Pagina.aspx?id=173>>. Acesso em 02.out.2016.

comerciários, pelo que a criação de uma identidade inicial era essencial para alinhamento da base. A primeira greve da categoria ocorreu em Santos, em 18 de abril de 1932.

Conforme exposto acima, não se pode confundir as categorias profissionais de bancários com as de financeiros, embora sejam figuras semelhantes. Justamente pela congruência das instituições financeiras em grupos bancários, a organização sindical dos empregados dessas categorias econômicas é dada, por vezes, em uma única estrutura sindical, havendo inúmeros sindicatos dos bancários e financeiros por território.

Resultado dessa confluência dos diversos ramos da atividade financeira em grupos econômicos é a existência da CONTRAF-CUT (Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro), criada em janeiro de 2006, com o objetivo de atender O objetivo da Contraf-CUT é atender a uma “demanda das diversas categorias envolvidas em atividades do sistema financeiro. Muitas delas permanecem à margem da Convenção Coletiva Nacional dos Bancários [...]”¹⁴

Ainda que haja uma Confederação unificando, a nível nacional, as categorias que trabalham para empresas que operam no sistema financeiro, a nível estadual as Federações também apresentam tentativas de unificar ambas as categorias profissionais. A título de exemplo, há a Federação dos Bancários da CUT (FETEC)¹⁵, pelos empregados, e a Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento (FENACREFI)¹⁶, pelos empregadores.

Referida unificação de empregados pela atividade econômica de seu empregador facilitou na realização de uma convenção coletiva de trabalho unificada e nacional para os trabalhadores do ramo financeiro (e, conseqüentemente, para os bancários). Assim, há 26 anos as negociações sindicais são realizadas de forma nacional e, assim, as normas previstas para os bancários são as mesmas para todos os estados brasileiros.

Referida unificação indica o quanto, por exemplo, a súmula 124 do colendo TST não tem sentido de ser, pois quando

14. CONTRAF-CUT- Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.contrafcut.org.br/pagina/quem-somos>>. Acesso em 11.jul.2016.

15. “No início, eram oito sindicatos filiados e hoje, passados 26 anos, a FETEC-CUT/SP representa 170 mil bancários no Estado de SP, reúne 14 sindicatos, uma ampla bagagem e vários projetos concretizados. Dentre os quais a estruturação da CUT, a consolidação da CNB, que posteriormente cedeu lugar a atual Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – Contraf/CUT; sem contar a intensificação da presença das entidades sindicais nas lutas da categoria.” Disponível em: <http://www.fetecsp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=56>. Acesso em 11.jul.2016.

16. “A Fenacrefi - Federação Interestadual das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento é entidade sindical de grau superior, de base territorial nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Espírito Santo, Paraná e Ceará, para fins de estudo, coordenação, proteção e representação legal da categoria econômica das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento.” Disponível em: <http://www.fetecsp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=56>. Acesso em 11.jul.2016.

menciona “ajuste individual expresso” do sábado como dia de descanso remunerado, considerando que a negociação coletiva é nacional desde 1992.

“Eram os funcionários do Banespa que reivindicavam melhorias salariais e das condições sanitárias – havia grande incidência de tuberculose à época. Essa greve foi vitoriosa [...]”¹⁷, pois

movimentou nacionalmente a categoria, todos voltados para a conquista do chamado ‘horário higiênico’. Pareceres médicos justificavam a redução da jornada de trabalho dos bancários, vítimas da tuberculose e da neurose.¹⁸

Em continuidade às reivindicações que tomaram proporções nacionais, a conquista mais importante dessa época dos bancários foi a redução da jornada de trabalho para seis horas, com a edição do Decreto nº 23.322, de 03 de novembro de 1933, ora reproduzido:

DECRETO Nº 23.322, DE 3 DE NOVEMBRO DE 1933

Regula a duração do trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias.

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, na conformidade do art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, resolve regular a duração do trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias nos termos seguintes:

CAPÍTULO I
DA DURAÇÃO DO TRABALHO

Art. 1º A duração normal do trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias será de seis horas por dia ou de trinta e seis horas semanais, só podendo exceder do horário diário nos casos previstos neste decreto, de maneira que a cada período de seis dias de ocupação efetiva corresponda um dia de descanso obrigatório.

Art. 2º A aplicação deste decreto não poderá, em caso algum, ser causa determinante de redução do salário e de gratificação, bonificação ou percentagem percebidas pelos empregados.

Art. 3º Em caso de dúvida ou litígio, sobre a importância do salário a de quaisquer outras vantagens, não possuindo o empregado carteira profissional, prevalecerá o salário do último mês anterior à data da publicação deste decreto e, com relação a gratificações, bonificações ou percentagens, o mesmo critério pelo qual tenham sido abonadas as relativas ao último balanço.

Art. 4º A duração normal do trabalho estabelecida por este decreto ficará sempre compreendida entre as oito e as vinte horas.

Art. 5º Será computado como de trabalho efetivo todo o tempo em que o empregado estiver à disposição do em-

17. Ibid.

18. VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Jornada especial dos bancários**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13256/001_veiga.pdf?sequence=5>. Acesso em 02.out.2016.

pregador, aguardando ou executando ordens, em serviço interno ou externo.

Parágrafo único. No caso previsto no art. 11 e para os respectivos efeitos, somente será computado o tempo de trabalho real ininterruptamente executado.

CAPÍTULO II
DOS ESTABELECIMENTOS E DO PESSOAL

Art. 6º As disposições consignadas neste decreto se aplicam a todos os bancos e casas bancárias, de qualquer natureza, funcionando mediante autorização especial da autoridade competente.

Art. 7º Ficam excluídas das disposições deste decreto as pessoas que, nos estabelecimentos por ele abrangidas, exercerem as funções de direção, gerência, fiscalização, chefes e ajudantes de seção ou equivalentes, bem como as que desempenharem cargos de confiança, com vencimentos superiores aos dos seus postos efetivos, os vigias internos ou externos e os empregados em serviço externo permanente.

Art. 8º A duração normal do trabalho dos empregados em serviços de limpeza, ou incumbidos de abertura e fechamento dos estabelecimentos abrangidos pelo presente decreto, nesse número incluídos os contínuos, serventes e outros de igual categoria, poderá ser prolongada por uma ou duas horas.

CAPÍTULO III
DO DESCANÇO SEMANAL E DO REPOUSO DIÁRIO

Art. 9º O descanso semanal a que se refere o art. 1º será de vinte e quatro horas, no mínimo, e ser-lhe-á destinado o domingo, salvo se outro dia fôr fixado em convenção coletiva de trabalho.

Art. 10. Qualquer que seja o horário adotado, o trabalho diário será entremeado por um intervalo de uma a duas horas, para refeição e repouso, não sendo esse intervalo computado na duração do trabalho.

Art. 11. Nos serviços permanentes de mecanografia, a cada período de noventa minutos de trabalho consecutivo e ininterrupto corresponderá um repouso de dez minutos, não deduzidos da duração normal do trabalho.

Parágrafo único. Entende-se por mecanografia, para os efeitos deste artigo a execução de trabalho em máquinas de escrever, escriturar ou calcular.

CAPÍTULO IV
DAS PRORROGAÇÕES

Art. 12. A duração normal do trabalho poderá ser excepcionalmente elevada a oito horas diárias, não excedendo de quarenta e cinco horas semanais:

- a) quando houver urgência de serviços especiais, tais como os de balancetes mensais, balanço e expedição de correspondência, até o máximo de trinta dias por ano;
- b) em casos extraordinários e imprevistos de excesso do serviço, ou de interrupção forçada do trabalho por causas acidentais, ou de força maior, que uma vez que o empregador não disponha efetivamente de

outros meios para a execução de tais serviços, até o máximo de sessenta dias por ano, em períodos nunca superiores a três semanas consecutivas.

§ 1º As prorrogações estabelecidas neste artigo serão parciais, abrangendo somente o pessoal necessário, nos casos previstos na alínea a, e podendo abranger todo o pessoal nos casos da alínea b.

§ 2º A prorrogação do expediente, uma vez iniciada será contada como de duas horas efetivas, embora dure menos.

Art. 13. O descanso semanal poderá excepcionalmente ser suspenso, respeitadas as disposições do art. 1º e parágrafo único do art. 14.

a) na ocorrência de serviços urgentes e imprevistos, estando a prorrogação prevista em convenção coletiva do trabalho, mas nunca por mais de três domingos consecutivos nem de dez domingos por ano;

b) em casos de necessidade pública, mediante autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. Na prorrogação de que trata este artigo, somente serão compreendidos os empregados que exercerem funções especificadas nas convenções coletivas ou nas autorizações legais.

Art. 14. Mediante convenção coletiva de trabalho e independentemente das hipóteses previstas no art. 12, a duração normal do trabalho poderá ser elevada a oito horas diárias, até cinco semanas por ano, nunca, porém, por mais de três semanas consecutivas, ou por mais de quarenta e cinco horas semanais.

Parágrafo único. No período das prorrogações a que se refere este artigo o descanso semanal somente poderá, ser suspenso nos casos da alínea b do art. 13.

Art. 15. As prorrogações serão anotadas em livro próprio e comunicadas à autoridade competente:

a) dentro do mês seguinte ao de sua verificação, quando relativas às alíneas a dos arts. 12 e 13.

b) imediatamente, os casos da alínea b do art. 12.

Parágrafo único. As prorrogações estabelecidas em convenções coletivas legalizadas serão somente registradas no livro próprio.

CAPÍTULO V DA FISCALIZAÇÃO

Art. 16. Os estabelecimentos sujeitos às disposições deste decreto deverão:

a) manter afixado em local bem visível, em cada uma das suas seções, um quadro contendo a indicação das horas de início e de encerramento dos trabalhos e, bem assim, de intervalo para refeição e descanso a que se refere o art. 10;

b) manter devidamente escriturados e legalizados um livro de matrícula o inscrição do empregados, e outro de anotação das horas de trabalho extraordinário, ambos de acordo com os modelos que forem aprovados pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Parágrafo único. No caso do serviço ser feito em turmas deverão constar do quadro a que se refere a alínea a deste artigo os nomes dos empregados que constituem cada uma

juntamente com a indicação do respectivo horário.

Art. 17. Cabe ao Departamento Nacional do Trabalho e às Inspetorias Regionais do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por intermédio dos funcionários que para esse fim destacarem, fiscalizar a execução das disposições deste decreto, bem como rubricar os quadros e livros a que se refere o art. 16 e conceder a autorização a que aludem os arts. 12 e 13.

Art. 18. Ficam extensivas aos Bancos e casas bancárias as disposições do decreto n. 22.300, de 4 de janeiro de 1933.

CAPÍTULO VI DAS SANÇÕES

Art. 19. A inobservância das disposições deste decreto sujeita os infratores a multas de 500\$000 (quinhentos mil réis) a 5:000\$000 (cinco contos de réis), elevadas ao dobro nas reincidências.

§ 1º As multas serão impostas pelo diretor geral do Departamento Nacional do Trabalho, ou pelos inspetores regionais, à vista dos autos de infração, lavrados nos termos do decreto n 22.300, de 4 de janeiro de 1933.

§ 2º O processo das multas e, bem assim, os respectivos recursos obedecerão às normas instituídas pelo decreto número 22.131, de 23 de novembro de 1932.

Art. 20. Será considerada infração grave, passível da multa máxima, a falta de aquiescência, por parte dos empregadores ou de seus prepostos, à fiscalização legal, quer negando explicações, quer impedindo o acesso nos respectivos estabelecimentos à autoridade competente.

Parágrafo único. A existência, verificada pela autoridade competente, de qualquer acôrdo ou convenção tendente a fraudar a aplicação das disposições deste decreto será considerada infração grave, passível da penalidade máxima, ficando o seu autor sujeito ao disposto neste artigo.

Art. 21. Não será considerada infração a prorrogação do expediente, até o máximo de 15 minutos, para os empregados que estiverem atendendo a clientes que tenham ingressado ao estabelecimento dentro da hora regimental.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 22. É nula de pleno direito qualquer convenção contrária às disposições deste decreto ou tendente a impedir a sua aplicação.

Art. 23. O presente decreto não derroga os costumes e tradição por força dos quais a duração do trabalho seja inferior a trinta e seis horas semanais.

Art. 24. As autoridades competentes poderão sempre inquirir da legitimidade das prorrogações previstas neste decreto e, bem assim, do horário adotado nos estabelecimentos a que o mesmo se refere.

Art. 25. Os livros a que alude a alínea b do art. 16 terão cem folhas, cada um, e pela respectiva rubrica será cobrada, a título de emolumentos, a quantia de 5\$00 (cinco mil réis).

Parágrafo único. Esses livros poderão ser substituídos por fichas, que obedecerão ao mesmo modelo aprovado e

serão igualmente rubricadas, considerando-se, para o efeito da rubrica, cada grupo de cem fichas como um livro.

Art. 26. O salário, nas condições do art. 3º, abrange e remunera não só a duração normal do do trabalho, mas também as horas do serviço extraordinário previstas neste decreto, haja ou não a necessidade de serem estas utilizadas, ficando, porém, ressalvada a faculdade de serem estipuladas remunerações adicionais em convenções coletivas de trabalho.

Art. 27. Vigorando convenção coletiva de trabalho, o número e data do seu registo deverão constar do quadro a que se refere a alínea a do art. 16, não podendo ser sonegada à fiscalização a exibição do original ou cópia autenticada da mesma convenção.

Art. 28. O presente decreto entrará em vigor na data da sua publicação, pelo que toca aos preceitos relativos á duração normal do trabalho, e trinta dias depois de publicação, no que concerne ás demais disposições.

Art. 29. Revogam-se as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 3 de novembro de 1933, 112º da Independência e 45º da República.

GETULIO VARGAS

Joaquim Pedro Salgado Filho

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 06/11/1933

Publicação:

Diário Oficial da União - Seção 1 - 6/11/1933, Página 21033 (Publicação Original)¹⁹

Para se entender melhor a redução de jornada para 6 horas, com duração semanal de 36 horas semanais, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga indica, em um primeiro momento, as razões aparentes para referida redução:

A redução, à primeira vista, impunha-se em razão do desgaste físico e mental provocado pela tarefa cotidiana de exercer função voltada ao recebimento e pagamento de grandes somas em dinheiro, onde a concentração para evitar incorreções causava um sofrimento maior. Além disso, o trabalho permanentemente sentado podia causar lesões irreversíveis à coluna vertebral.

Bastariam essas razões para justificar a redução da jornada de trabalho.²⁰

Contudo, essas não foram as únicas razões do Governo brasileiro à época para a redução da jornada bancária, pois o movimento da categoria teve papel fundamental na pressão da base sobre o governo para a assinatura de um decreto com redução da jornada, ante o adocimento da categoria. Nas palavras do próprio Ministro Aloysio Corrêa da Veiga,

19. BRASIL. Legislação Informatizada - Decreto nº 23.322, de 3 de novembro de 1933 - Publicação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23322-3-novembro-1933-558858-publicacaooriginal-80515-pe.html>. Acesso em 02.out.2016.

20. VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Jornada especial dos bancários**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13256/001_veiga.pdf?sequence=5>. Acesso em 02.out.2016.

O movimento da categoria, em assembleia, continuava a reivindicar a jornada de trabalho de 6 horas. Atribuem a Álvaro Cechino, diretor da entidade, a missão de ir ao Rio de Janeiro exigir do governo provisório a assinatura do decreto de 6 horas. É, então, assinado o decreto criando a jornada de trabalho dos bancários de 6 horas diárias e 36 horas semanais. As modificações no decreto não agradaram à categoria, que pretendia a jornada de trabalho de 32 horas semanais nos moldes da semana inglesa.²¹

Embora o fundamento inicial tenha sido o adocimento da categoria bancária por questões de doenças infectocontagiosas, a redução da jornada para os bancários foi mantida ao longo dos anos, como se verá a seguir. Como fundamento para tanto, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga expõe:

O fundamento, de início, para motivar a adoção do então chamado “horário higiênico” foi, sem dúvida, o sentimento associativo deflagrado pelos funcionários de banco do Estado de São Paulo, em razão da grande incidência de tuberculose existente à época e dos transtornos psíquicos decorrentes do exercício da função imediata nos bancos. Se hoje não mais existe a grande incidência dos tipos de doença que indicaram a adoção da jornada de 6 horas de trabalho, ainda há o sentimento da categoria pela manutenção da jornada especial sob fundamento de que doenças outras, como LER-DORT, assédio moral, síndrome do pânico, hipertensão e doenças cardiovasculares estão a recomendar que se mantenha a jornada reduzida de trabalho.²²

Em 1943, com a aprovação da CLT, foi estabelecido “para os empregados em Bancos e Casas Bancárias será de seis horas por dia ou trinta e seis horas semanais a duração normal do trabalho”²³. Havia desde esse momento a previsão de uma exceção para os cargos de direção, gerência, fiscalização, chefes, ajudantes de seção e equivalentes, dentre outros cargos de confiança, desde que recebessem vencimentos superiores aos dos postos efetivos.

Já em 1952, houve a promulgação de uma nova lei, que alterou a redação do artigo 224 da CLT:

A Lei nº 1.540, de 3 de janeiro de 1952, alterou a jornada para seis horas diárias, com exceção dos sábados, cuja duração era de três horas, perfazendo um total de trinta e três horas de trabalho por semana, além de um intervalo de quinze minutos diários.²⁴

21. Ibid.

22. VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Jornada especial dos bancários**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13256/001_veiga.pdf?sequence=5>. Acesso em 02.out.2016.

23. BRASIL. **Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02.out.2016.

24. VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Jornada especial dos bancários**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13256/001_veiga.pdf?sequence=5>. Acesso em 02.out.2016.

Apenas em 1957 a categoria conquistou a almejada jornada de seis horas para todos os empregados dos bancos e a aposentadoria por tempo de serviço. Em 1959, criou-se a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Crédito (CONTEC).

“Em meados dos anos 60, os bancários conquistaram o fim do trabalho aos sábados.”²⁵

Apenas em 1969, com o Decreto-Lei nº 754, de 11 de agosto de 1969, houve a inserção do §2º do artigo 224 da CLT, redação essa que permanece até a redação da presente tese. Em referido parágrafo ficou determinada a não aplicação da jornada reduzida aos exercentes de funções “de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo.”²⁶

“O repouso aos sábados foi estabelecido em 1969, pelo Decreto-Lei nº 915, de 7 outubro de 1969, com fixação da duração semanal de 30 horas.”²⁷

Apesar do movimento nacional da categoria, apenas em 1986 os funcionários da Caixa Econômica Federal conseguiram o reconhecimento na categoria dos bancários, pois eram anteriormente tratados como economizários. “Apenas em 1993 os trabalhadores bancários passaram a ter uma jornada de 36 horas semanais de trabalho, estendida, após 14 anos, a todos os empregados de bancos.”²⁸

Segundo o professor Homero Mateus Batista da Silva, quando não há normas ou estratégias de Saúde, Higiene e Segurança do Trabalho que permitam a neutralização (objetivo primígeno) ou a redução (objetivo secundário) dos riscos ocupacionais de determinada profissão ou carreira, reduzir-se-á as horas trabalhadas, em contraponto para diminuir a quantidade de horas a que o (a) trabalhador (a) estará exposto (a) a determinado agente de risco.

Conhecida ou não entre os trabalhadores, a jornada de 6 horas é prevista para inúmeras profissões consideradas mais desgastantes para a saúde física, mental ou psicológica, segundo estudos das áreas de Saúde, Higiene e Segurança do Trabalho. Assim ocorre com as carreiras de enfermeiros (as), com os (as) assistentes sociais, com os (as) operadores (as) de *telemarketing*, dentre outras; e, como objeto do presente estudo, a categoria dos trabalhadores bancários.

Entretanto, a quantidade de bancários que possuem a jornada reduzida de 6 horas é pequena em relação ao coletivo bancário, pela suposta onerosidade de se ter um núme-

25. Ibid.

26. BRASIL. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02.out.2016.

27. VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Jornada especial dos bancários**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13256/001_veiga.pdf?sequence=5>. Acesso em 02.out.2016.

28. SINDICATO DOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SÃO PAULO, OSASCO E REGIÃO – CUT. Notícias. **Com muita luta, bancários conquistaram melhorias**. Disponível em: <<http://www1.spbancarios.com.br/ImprimirNoticia.asp?c=118>>. Acesso em 02.out.2016.

ro maior de empregados para fazer *front* aos demais grupos econômicos, considerando a previsão constitucional genérica de 44 horas semanais para trabalhadores não bancários. Para entender a manobra dos bancos para se esquivar do limite semanal de horas trabalhadas previsto no artigo 224 da CLT (30 horas semanais), a maioria dos bancos opta pelo que se denominará neste trabalho como falsa “hierarquização de cargos” ou pela pré contratação de horas extras, como se verá a seguir.

As grandes empresas e corporações internacionais dividem os seus empregados em níveis diferentes de hierarquia, não somente reproduzindo modos de produção antigos, mas também para diferenciar responsabilidades e organizar as diferentes demandas. Ao contrário dessas empresas, os bancos nacionais não somente usam essa forma de hierarquização entre empregados para organização, mas também como forma de burlar a legislação nacional e evitar a limitação de duração semanal do trabalho de 30 horas para a categoria bancária.

Para que se possa entender referida limitação temporal de jornada para essa categoria, observe-se a antiga redação do artigo 224 da CLT:

Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

§ 1º - A duração normal do trabalho estabelecida neste artigo ficará compreendida entre 7 (sete) e 22 (vinte e duas) horas, assegurando-se ao empregado, no horário diário, um intervalo de 15 (quinze) minutos para alimentação.

§ 2º - As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo²⁹

Ora, pela leitura do artigo mencionado, bem como de seus parágrafos, a duração **normal** do trabalho em bancos é de seis horas diárias e trinta horas semanais, sendo que referida jornada deve estar compreendida das sete horas da manhã até às dez horas da noite.

Apenas para esclarecer, nos termos da súmula nº 55 do TST³⁰, a categoria dos financeiros também tem direito à jornada reduzida de 6 horas.

29. BRASIL. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02.abr.2014.

30. Súmula nº 55 do TST. FINANCIERAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. As empresas de crédito, financiamento ou investimento, também denominadas financeiras, equiparam-se aos estabelecimentos bancários para os efeitos do art. 224 da CLT. In BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-55>. Acesso em 14.jul.2016.

Contudo, o parágrafo segundo do artigo 224 da CLT indica que os ocupantes de funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes a outros cargos de confiança não tem direito a referida jornada reduzida. Por lei, o único requisito para a exclusão dessa jornada seria o pagamento de uma gratificação não inferior a 1/3 do salário efetivo (ou seja, há ser paga uma gratificação de um terço a mais para os exercentes de cargo de confiança em comparação aos que ocupam cargos técnicos no mesmo banco).

Referida previsão legal levou ao entendimento, primígeno, que aos bancos bastava o pagamento de referida gratificação para enquadrar seus empregados em referidos “equivalentes cargos de confiança” para não haver o pagamento de nenhuma hora extraordinária, pois referidos empregados não estavam enquadrados no *caput* do artigo 224 da CLT.

Embora não haja pesquisas concretas a esse respeito, é notório que os bancários de bancos privados que trabalham em prédios administrativos e não vinculadas diretamente às atividades de agências bancárias trabalham, em sua totalidade, em regime horário de 8 horas de jornada.

Por uma regra simples de hermenêutica e interpretação legislativa, o *caput* de um artigo expressa a regra geral para a situação fática a ser regulamentada, ao passo que os parágrafos apresentarão as exceções legalmente permitidas à regra geral. Ou seja, para os bancos, a maioria de seus empregados devem estar enquadrados no *caput* do artigo 224 da CLT, ou seja, devem estar submetidos a apenas 6 horas de jornada e 30 horas de duração semanal do trabalho.

Como essa não era a situação fática encontrada nos processos trabalhistas, e tendo em vista a quantidade de processos em que os bancários pleiteavam horas extraordinárias além da 6ª hora diária, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu os seguintes entendimentos para resolver algumas questões relevantes, consolidados na atual súmula 102 do TST³¹.

31. Súmula nº 102 do TST

BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA (mantida) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos. (ex-Súmula nº 204 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis. (ex-Súmula nº 166 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3. (ex-OJ nº 288 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

IV - O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava. (ex-Súmula nº 232- RA 14/1985, DJ 19.09.1985)

V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT. (ex-OJ nº 222 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Dessa súmula, destacam-se dois entendimentos principais: (i) de que os empregados exercentes de cargos de confiança bancário cumprem jornada de 8 horas, devendo haver controle de horário para esses tipos de empregados e pagamento de horas extraordinárias além da oitava hora diária, resolvendo o entendimento dos bancos de que os empregados com cargo de confiança não faziam jus ao recebimento de horas extraordinárias; (ii) de que, para que haja o enquadramento de um empregado bancário no §2º do artigo 224 da CLT, ou seja, para que seja considerado exercente de um cargo de confiança, era necessária a prova das **reais atribuições** daquele empregado.

Para entender o teor de referida súmula, há se recordar a previsão da exclusão de alguns tipos de empregados de controle de jornada no artigo 62 da CLT³². Depreende-se dessa norma, em seu inciso II, que há os cargos de gestão, ou seja, os Diretores, chefes de departamento ou filial, ou a esses equiparados.

Em primeiro lugar, é possível depreender da leitura desse inciso que não há uma definição clara do que seja um empregado/funcionário com cargo de gestão em uma empresa, pois dá apenas a citação de dois cargos possíveis de serem ocupados, e deixando verdadeira “norma penal em branco” quanto à indicação de outros cargos “equiparáveis”.

Ora, pode se depreender que, em uma estrutura hierarquizada de organização do trabalho, o empregado com cargo de gestão deve deter uma posição de destaque, ou seja, tenha poderes para realmente atuar como se fosse *longa manus* do empregador, sendo considerando a autoridade máxima de uma área/setor/agência/departamento, ou seja, referido empregado deve ter subordinados.

VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta. (ex-Súmula nº 102 - RA 66/1980, DJ 18.06.1980 e republicada DJ 14.07.1980)

VII - O bancário exercente de função de confiança, que percebe a gratificação não inferior ao terço legal, ainda que norma coletiva contemple percentual superior, não tem direito às sétima e oitava horas como extras, mas tão somente às diferenças de gratificação de função, se postuladas. (ex-OJ nº 15 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-102>. Acesso em 14.jul.2016.

32. Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Contudo, na dinâmica organizacional do trabalho, seja com outras intenções, outros cargos foram criados sem a denominada “gestão de pessoas”, mas com a gestão técnica do trabalho.

Em função de suposta “divisão”, foi criada a chamada “carreira Y” dentro dos departamentos dos bancos (tradicionalmente, a organização sindical divide a organização bancária entre “empregados de agência” e “empregados de departamento”) criou a hierarquização entre analistas, em linha vertical, sendo o analista “júnior” considerado o cargo mais técnico da área/departamento/seção; acima dele, há o analista “pleno”, e posteriormente o analista “sênior”. Acima deles, há a ramificação, formado o “Y”, pois o analista “sênior”, para ser promovido, deve escolher entre ser coordenador, cuja responsabilidade principal é realizar a gestão de pessoas, ou ser um “especialista”, cuja responsabilidade principal é fazer a suposta gestão técnica da área.

Ora, claramente a lei não define se o empregado com cargo de gestão deve exercer, de fato, a gestão de pessoas ou não para a caracterização de seu cargo enquanto tal.

O que se entende, neste artigo, é que independente da divisão criada pelos bancos entre gestão de pessoas e gestão técnica, é a real autonomia na tomada de decisões que realmente influenciam na condução dos negócios do Banco e que possam realmente impactar e/ou interferir de forma significativa economicamente.

Certamente, não se olvida que os atos de gestão não envolvem apenas a gestão de pessoas; pode-se mencionar, por exemplo, a gestão financeira, a gestão administrativa, a gestão de custos, de negócios, de compras, de *marketing*, dentre outras.

O que deve ser determinante para a caracterização do cargo de gestão é que esse é utilizado por muitas empresas para justificar o não pagamento das horas extraordinárias de trabalho, quando à realidade a justificativa legal é diversa: referidos empregados não possuem controle de jornada justamente porque possuem não só importância e relevância para a condução da atividade empresarial, mas também poderes que, ante a remuneração percebida, não podem ser comparados a empregados com cargos técnicos. Assim, a realização de horas extraordinárias perde a “relevância” ante o salário superior aos dos demais empregados (que em tese, a remuneração superaria a realização de horas extraordinárias de um empregado comum), e ante a importância desse empregado para a empresa. Não se depreende, portanto, que não importa a quantidade de horas laboradas, e sim a qualidade do trabalho efetivamente entregue. Destarte, não se olvide que a lei, nesse sentido, permitiria a realização de jornadas absurdas, pois a razoabilidade e os limites da subordinação na relação de emprego se mantêm, inclusive para empregados que exercem cargos de gestão, pois ainda não se pode confundir a relação entre empregador e empregado.

Contudo, essa discussão sobre carreira Y e a gestão técnica ou de pessoas é válida, em se tratando de instituições bancárias e financeiras, para a divisão departamental.

Sob outra perspectiva, pode-se observar que a divisão entre empregados de agência e empregados de departamento

em Bancos nunca foi considerada relevante pela legislação que cuida do assunto.

Em uma agência bancária, percebe-se uma nova divisão à anteriormente mencionada: há a parte operacional e a parte de negócios nas agências bancárias. A parte operacional é a mais conhecida dentre o imaginário de um ambiente bancário, pois envolve a atividade de transação bancária pura, com a composição feita por caixas, por agentes bancários, pelos tesoureiros, pelo gerente administrativo (“GA”). Já a parte de negócios é responsável pela captação de novos clientes, com a inclusão dos gerentes de contas, gerentes de relacionamento, assistentes de gerência, dentre outros. Sobre esses cargos, abordar-se-á melhor nos tópicos seguintes.

A questão é que, fora a gestão das partes operacional/negócios das agências, acima desses empregados há a figura do gerente geral de agência, que é presumidamente ocupante de cargo de gestão.

Isso porque esse gerente geral responde por todas as operações e responsabilidades dentro de uma determinada agência, sendo irrelevante a divisão entre gestão de pessoas, técnica, administrativa, financeira, econômica ou dos negócios assim.

Ante as inúmeras metas bancárias (sobre venda de produtos bancários), definição prévia de procedimentos, alçadas para fechar investimentos, empréstimos, seguros, dentre outras formas vistas como “engessamento da atividade bancária”, discute-se a limitação da autonomia dos gerentes gerais.

Em termos de hierarquia, esses respondem diretamente a gerentes regionais. Contudo, ante o número de agências bancárias, em que pese a denominação “regionais”, muitas vezes esses gerentes regionais respondem por uma porção pequena da capital de São Paulo, pelo que o cargo desses profissionais acaba sendo de mero fiscalizador, e não de efetiva gestão desses gerentes gerais, pois apenas verificam se as metas foram batidas, pois igualmente não há tempo suficiente para passar em todas as agências sob sua gestão de forma cotidiana ou até mesmo diária. Somente acima desses gerentes regionais é que existe a figura do superintendente, conhecido por ser a figura abaixo do diretor (empregado ou estatutário), cargo esse citado no inciso II do artigo 62 da CLT. Toda a linha hierárquica retratada, por vezes, pode levar à reconsideração do enquadramento de um empregado com cargo de gestão.

Outra discussão é sobre a diferença do porte das agências bancárias (divididas entre porte do tipo “a”, “b”, ou “c”, não só pelo tamanho e espaço físico, mas também pela quantidade de clientes e volume de captação financeira), pelo que um gerente geral de uma agência de pequeno porte, em tese, não possui tantas atribuições quanto um gerente geral de uma agência de porte “a”.

Em processos trabalhistas, certo é que, em eventual pleito judicial de horas extraordinárias por um empregado, se a tese defensiva da empresa é que o autor exerce cargo de gestão, o ônus probatório do exercício efetivo de atividades que justifiquem esse enquadramento é da empresa/do banco, pois se trata de alegação de efeito impeditivo do direito obreiro.

Por outro lado, somente o nome do cargo ou a mera dação

de poderes com restrições extremas com vistas somente a burlar a legislação trabalhista não poderão ser considerados efetivos cargos de gestão, pois é necessário que, na prática, o empregado tenha poderes reais para o exercício de uma autonomia no trabalho superior a de um empregado efetivo (ou seja, um empregado sem cargo de gestão).

Sempre corriqueiro, nesse tipo de análise, a comparação das atividades de um empregado sem cargo de gestão com um empregado com cargo técnico, ou seja, sem poderes para o exercício das funções bancárias. Dessa forma, não se há falar somente na comparação entre um único empregado com o suposto ocupante de cargo de gestão, mas também na consideração global da organização empresarial. Como exemplo, pode-se tomar a hipótese em que, em uma única empresa, com 60 empregados, 45 deles sejam ocupantes de cargo de gestão. Por dedução lógica, não seria crível que todos os 45 possuam poderes de representação, poderes de mando, poderes de gestão e subordinados para cada um dos ocupantes de cargo de gestão, sob pena da exceção do artigo 62, II, da CLT se tornar a regra daquela empresa.

Por analogia ao cargo de gestão, o cargo de confiança bancário também não possui definição legal, e deixa grande parte de sua incidência em aberto, como se norma penal em branco fosse.

Como visto anteriormente, o cargo de confiança bancário é previsto no parágrafo segundo do artigo 224 da CLT, que por sua vez indica que a jornada de 6 horas e duração semanal de 30 horas para a categoria bancária não é aplicável aos “que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança”.

Embora haja alguns parâmetros delimitados pela lei celetista, percebe-se abertura para o enquadramento de inúmeros cargos no conceito de “outros cargos de confiança”, além de suposta direção, gerência, fiscalização ou chefia.

Ao contrário do cargo de gestão, o entendimento jurisprudencial converge que não se pode exigir os mesmos poderes de um empregado com cargo de gestão para o empregado com cargo de confiança. Isso porque não se pode olvidar que uma instituição bancária pode ter empregados com cargos de gestão, pois o artigo 62 também pode ser aplicado aos bancos. Contudo, fora o binômio cargo efetivo x cargo de gestão, entendeu-se por bem criar uma categoria intermediária para o binômio de empresas não bancárias.

Assim, conforme já dito, há uma hierarquia natural já firmada em lei para a organização bancária: há se ter um emprego efetivo, com cargo técnico, atividades operacionais e sem poderes relevantes, fora a autonomia normal para a realização das atividades cotidianas; assim, pode-se entender os assistentes de gerência, os assistentes administrativos, os caixas, os operadores, os agentes bancários, os escriturários, dentre outros cargos operacionais ou sem poderes para interferir na condução do negócio ou na gestão da área/seção/departamento.

Acima desses, há os exercentes de cargo de confiança bancário, que, apesar de não deterem os poderes dos chefes de departamento ou filial, possuem algum tipo de poder aci-

ma do cargo efetivo ou, de certa forma, são mais relevantes para a atividade bancária.

Claramente, qualquer erro de um empregado bancário pode causar grandes prejuízos para o banco; contudo, considerando que a atividade bancária envolve riscos para a economia nacional, a regulamentação dessa atividade feita pelo BACEN e demais órgãos do Sistema Financeiro Nacional são fundamentais para a saúde e equilíbrio financeiro do país.

Assim, atividades como *compliance* de um banco envolvem a fiscalização das atividades bancárias nos termos de regulamentos específicos, além da observância das boas práticas bancárias; como a área de prevenção contra fraude e lavagem de dinheiro, p. ex., são fundamentais e podem ser consideradas estratégias por envolverem documentação sigilosa. Dessa forma, os profissionais dessa área podem ser considerados exercentes de cargo de confiança, a depender do real poder de acesso a documentos sigilosos e confidenciais, ou da importância da atividade efetivamente exercida.

Ao contrário do cargo de gestão, percebe-se que em uma única área/setor/departamento pode ter vários exercentes de cargo de confiança, pois se percebeu que, em geral, cada área/setor/departamento possui uma única autoridade máxima, isto é, um único exercente de cargo de gestão.

Ressalta-se igualmente que somente o nome do cargo ou a mera dação de poderes com restrições extremas com vistas somente a burlar a legislação trabalhista não poderão ser considerados efetivos cargos de confiança, pois é necessário que, na prática, o empregado tenha poderes reais para o exercício de uma autonomia no trabalho superior a de um empregado efetivo (ou seja, um empregado com cargo técnico, operacional).

Há se utilizar, também nesses casos, a comparação das atividades de um empregado com cargo de gestão com um empregado com cargo de confiança, ou desse com um cargo efetivo. Igualmente, não se há falar somente na comparação entre um único empregado com o suposto ocupante de cargo de confiança, mas também na consideração global da organização empresarial. Embora se possa ter uma área com vários exercentes de cargo de confiança, causaria estranheza um setor formado apenas por empregados com cargo de gestão e com cargo de confiança, pois é difícil imaginar um setor sem uma única atividade operacional ou administrativa.

Usaremos o mesmo exemplo anterior, com uma variante para o setor bancário. Em uma agência bancária, embora a parte operacional tenha os três níveis de hierarquia bem demarcados, com os cargos técnicos sendo ocupados pelos caixas, escriturários, agentes bancários. Acima desses, há o tesoureiro, o gerente operacional e o gerente administrativo. Novamente, o cargo de gerente geral é o ocupante de cargo de gestão, pois é a autoridade máxima daquela “filial”. O primeiro nível é formado por cargos técnicos, com jornada de 6 horas; o segundo nível é formado por cargos de confiança, com jornadas de 8 horas; por fim, há o cargo de gestão, sem controle formal de jornada.

Contudo, na parte de negócios, ou comercial, não se pode observar o mesmo enquadramento feito pelos bancos, embora se possa encontrar a mesma hierarquia. Há os assistentes

de gerência, com os gerentes de relacionamento e gerentes de contas acima desses. Contudo, por se entender como uma parte diversa da operacional da agência, em geral os gerentes de relacionamento e de contas respondem somente para o gerente geral em questões consideradas administrativas, respondendo a um gerente regional para lidar com os negócios envolvendo produtos bancários que incluam investimentos.

Ora, a estrutura é formada justamente para distrair o Judiciário, pois cria-se a figura do gerente regional comercial para indicar suposta semelhança hierárquica entre gerente geral de agência e gerentes de relacionamento (que em geral tem hierarquia entre si, pois se entende que os gerentes de pessoa jurídica tem mais responsabilidades perante os gerentes de pessoa física – tanto é assim que, em geral, o *back up* ou o substituto do gerente geral é o gerente de pessoa jurídica mais antigo da agência, e não o gerente operacional ou administrativo).

Dessa maneira, em analogia à parte operacional, os assistentes de gerência são cargos técnicos, pois não detêm poderes para assinar cheques administrativos, contratos, fechar negócios, negociar taxas e tarifas, atendendo clientes correntes em aplicações simples, com alçadas pré-aprovadas em sem possibilidade de transação.

Acima desses, os gerentes de conta ou gerentes de relacionamento podem ser considerados como cargo de confiança; porém, são o cargo com a zona mais cinzenta de enquadramento enquanto cargo de confiança que atualmente se discute.

Ora, mesmo que seja na área comercial, não pode se considerar que haja pessoas com cargo técnico, pelo que pode se desconfiar do enquadramento legal dos cargos ocupados por assistentes de gerência e gerentes de conta/relacionamento, pois do contrário, tornar-se-á a exceção uma regra do mundo bancário.

Como alternativa à configuração de cargos de gestão, cargos de confiança e cargos técnicos, alguns bancos optam por fazer a pré ou pós contratação de horas extraordinárias.

Nesse tipo de estratégia, os bancos optam por contratar seus empregados com a jornada de 6 horas, nos termos do artigo 224, *caput*, da CLT. Contudo, o salário combinado durante a negociação pré-contratual não é o que consta anotado nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos(as) trabalhadores(as) bancários(as). Isso porque, embora o contrato aborde uma jornada de 6 horas e duração de 30 horas semanais de trabalho, as horas exigida efetivamente trabalhadas são de 8 horas e duração de 40 horas semanais, conforme permissivo legal previsto no artigo 225 da CLT³³.

Contudo, embora o artigo acima mencione que a duração do trabalho “poderá” ser **excepcionalmente** prorrogada, nos

33. Art. 225 - A duração normal de trabalho dos bancários poderá ser excepcionalmente prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais, observados os preceitos gerais sobre a duração do trabalho. BRASIL. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02.abr.2014.

bancos que adotam essa estratégia, por vezes a prorrogação da jornada normal é efetuada desde o início da contratação, como é o caso do Banco Daycoval, ou por vezes ocorre exatamente após o término do período de duração máxima de um contrato de experiência (90 dias).

A jurisprudência, por sua vez, entende que somente a primeira hipótese geraria a nulidade da contratação prévia de horas extras, conforme entendimento exposto na súmula 199 do TST³⁴.

Nesse sentido, não há explicações plausíveis para apenas a pré-contratação de horas extraordinárias dos bancários ser considerada nula, e a pós-contratação ser considerada válida. Isso porque, nos termos do item IV da súmula 85 do TST narrado acima, a prestação habitual de horas extras descaracteriza o acordo de compensação de jornada e, em analogia, deveria descaracterizar um acordo de prorrogação de jornada.

O cálculo para apuração das horas realmente devidas é feito por meio da incorporação das horas habitualmente pagas a título de horas pré-contratadas ao salário base pago, para então usar essa nova base de cálculo com a posterior aplicação do divisor de horas extras e apuração do salário-hora. Em razão dos sábados e dos feriados também serem objeto de reflexo das horas extras praticadas na semana, além dos domingos, a apuração do reflexo em Descanso Semanal Remunerado (“DSR”) também será superior do que o cálculo de horas extraordinárias de outras categorias.

Apenas para ilustrar, se um bancário com o cargo de analista de produtos é contratado para trabalhar em um banco múltiplo como o Itaú ou o Santander, certamente exercerá, para aquele banco, um cargo de confiança, ganhando gratificação de função no valor de 55% sobre seu salário base. Utilizar-se-á o piso da categoria previsto na convenção coletiva de 2016/2018 para a jornada de 6 horas, que é de R\$ 1.946,68. Então o salário desse bancário será de R\$ 3.017,35, em razão da gratificação de função.

Já em um banco que realiza a pós contratação de horas extras, esse empregado ficará o período de experiência laborando 6 horas diárias, e com o salário de R\$ 1.946,68. Após 90 dias, a jornada será elástica para 8 horas diárias. Se considerar 22 dias úteis em um mês (e 8 dias para o DSR, conside-

34. Súmula nº 199 do TST BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 48 e 63 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula nº 199 – alterada pela Res. 41/1995, DJ 21.02.1995 - e ex-OJ nº 48 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ nº 63 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-55>. Acesso em 14.jul.2016.

rando os sábados e os domingos), há a quantia de R\$ 713,78 para as horas extras (44 horas extraordinárias por mês) e R\$ 259,56 para o reflexo em horas extras. Assim, o salário final seria R\$ 2.920,02 (se o divisor 180 for utilizado).

Portanto, chegamos ao segundo ponto do presente artigo: há se comparar os bancos que fazem pré ou pós contratação, com os bancos que estipulam falsos cargos de confiança aos empregados para que esses possam trabalhar 8 horas, ou, em outros termos, há se confrontar a cláusula e a norma de compensação da gratificação de função com a Súmula n. 199 do Colendo TST.

Ora, em um banco que faz pré-contratação, a base de cálculo das 7ª e 8ª horas, conforme holerite abaixo e seguindo a orientação da Súmula 199 do C. TST, seria o valor de R\$ 6.694,94 + R\$ 2.454,81 (Horas extras fixas, mais DSR), chegando à base de cálculo de R\$ 10.042,41; se esse(a) trabalhador(a) receber a 7ª e 8ª horas, segundo a súmula, o valor dessas horas seria de R\$ 3.682,22 (sem reflexos em DSR, o que seria mais R\$ 981,92. Assim, totaliza-se R\$ 4.664,14 (são 46,44% da base de cálculo).

x Súmula 199 do C. TST:

COMPROVANTE DE PAGAMENTO		Página 1			
Empresa 0200 Banco BTG Pactual S.A.	Estabelecimento 0100 Banco BTG Pactual S.A. 4000988 PARTIDAS e FUNDADOS				
Cargo 4000108 IT ANALYST					
Centro de Custo 12792222	Mês de Referência Janeiro 2016	Remuneração Mensal 6.694,94			
Base p/ INSS 10.042,41	Base p/ IR 9.281,94	Base IR Férias 0,00			
Base IR 13ª 9.339,81	Base FGTS 10.042,41	FGTS Depositado 505,39			
Dep. IR					
Rubrica	Qtd.	Descrição	Recibos	Proventos	Descontos
M010	0,00	Salário mensal		6.694,94	
0120	44,00	Horas Extras		2.454,81	
0125	14,00	Repouso Sem. S/ H.Extras		892,66	
/314	11,00	INSS S/ Remuneração			570,88
/401	27,50	Tributo IRPF S/ Remun			1.683,17
/902	0,00	Adiant. Quinzenal Pago			4.014,94

Apenas a título ilustrativo, referido salário é pago para um “IT ANALYST”, ou seja, um Analista de TI de nível Sênior, que, novamente, não é um valor que se destaca no mercado de trabalho, como se pode referir da pesquisa no sítio eletrônico “love Mondays”, que realiza uma pesquisa sobre os salários e qualidade de trabalho em vários locais de trabalho, por meio de pesquisa anônima dos trabalhadores que ali prestam informações.

LIQ	Analista De TI Sênior: mensal	Liq	R\$ 7.473/mês	R\$ 5 mil	R\$ 8 mil
Itaú	Analista De TI Sênior: mensal	Itaú Unibanco (Itaú BBA e Rede)	R\$ 11.548/mês	R\$ 10 mil	R\$ 13 mil
FCA	Analista De TI Sênior: mensal	FCA Fiat Chrysler Automobiles	R\$ 6.908/mês	R\$ 6 mil	R\$ 9 mil
	Analista De TI Sênior: mensal	Electrolux	R\$ 9.751/mês	R\$ 9 mil	R\$ 11 mil

Retornando à questão da comparação entre os tipos de “fraudes” trabalhistas bancárias em face da jornada de 6 horas, para uma bancária que supostamente exerce um cargo fictício de confiança, chega-se na mesma fórmula matemática: o valor das 7ª e 8ª horas, ao final, chega a 46,44% da base de cálculo para as horas extraordinárias.

Conforme holerite abaixo, uma bancária com o cargo de “Chefe de Serviço A” no Banco Bradesco S/A, tem como base de cálculo das horas extras é a soma do salário base e da gratificação de função, ou seja, R\$ 2.600,76 + R\$ 1.430,41, chegando à quantia de R\$ 4.031,17. Se essa bancária receber 7ª e 8ª hora sem a compensação da cláusula normativa/modificação trazida pela MP nº 905/2019, essas horas resultariam no valor de R\$ 1.872,26 (R\$ 1.478,10 acrescidos de R\$ 394,16 a título de DSR), ou seja, igualmente 46,44% sobre a base de cálculo.

Todavia, com a compensação da cláusula 11ª/art. 224, §4º da CLT (redação trazida pela MP nº 905/2019), o valor final seria de R\$ 441,85 (posto que o cálculo das horas extraordinárias deve ser feito com a soma da gratificação de função, visto que nem a norma coletiva, tampouco a mudança legislativa afastam a natureza salarial da gratificação função – até porque nem se poderia, visto que aí não se poderiam compensar verbas de naturezas diversas, ou seja, não se compensa verba indenizatória com verba salarial).

05859 221 CHEFE SERVIÇO A		IR:
Agência Crédito	Conta	Período
7856-B	11268-2	01 A 31/DEZ/2016
PROVENTOS	NUM.	VALOR
0001-ORDENADO	30,00	2.600,76
0003-GRATIF. FUNCAO CHEFIA	30,00	1.430,41
0730-ADIANT. VALE TRANSPORTE	22,00	668,80
TOTAL PROVENTOS		4.699,97
DESCONTOS	NUM.	VALOR
/314-CONTRIBUICAO AO INSS	11,00	443,42

Ora, da leitura desses poucos pontos e questões levantadas, há se entender que há uma reiterada omissão dos bancos em respeitar a jornada reduzida, conquista essa feita pelo setor bancário; e pelo princípio da proibição do retrocesso social em questões de direitos humanos, não poderia uma simples medida provisória retirar a jornada reduzida para toda uma categoria e restringir tão somente para o caixa de uma agência bancária.

No mais, financeiramente, a gratificação de função é utilizada assim como as horas pré ou pós contratadas para tentar se esquivar da jornada reduzida de 6 horas prevista para todo o setor bancário, conquista esta que, por se tratar de direitos sociais, não poderia ser alterada por medida provisória, e sim por uma emenda constitucional.

Por fim, a compensação de gratificação, assim como a retirada da jornada reduzida para toda a categoria bancária além de ofender princípio da igualdade na categoria profissional, contraria o entendimento da Súmula 199 do C. TST, em razão da conquista histórica dos trabalhadores bancários e o contínuo adoecimento da categoria desde a criação da jornada reduzida. Explicar-se-á sobre esse assédio moral estrutural e adoecimento da categoria bancária.

Na tentativa de levar mais informação ao setor bancário, o Ministério Público do Trabalho (MPT) elaborou uma cartilha sobre o assédio moral nesse setor da economia. Segundo o conceito que ali consta,

A prática do assédio moral no trabalho interfere na autoestima e na autodeterminação dos trabalhadores, bem como nas suas decisões e iniciativas, negando-lhe a condição de cidadãos livres e iguais, como determina a Constituição Federal de 1988.

O assédio moral pode ser configurado em qualquer nível hierárquico do assediador ou do assediado, bastando que ocorra de forma intencional e frequente.³⁵

Em continuidade, explica-se o motivo da escolha do estudo do MPT sobre o setor bancário:

Dessa forma, é importante que sejam elaboradas estratégias coordenadas e integradas com a finalidade de, em um primeiro momento, promover a prevenção do assédio moral no trabalho e apresentar formas eficientes de coibir tais condutas. E, em um segundo momento, apresentar as soluções repressivas, que também possuem caráter pedagógico.

A escolha do setor bancário, além de ser uma natural decorrência de ser esta uma das atividades contempladas no projeto “Assédio é Imoral”, é fruto dos números alarmantes de ocorrências desta chaga, com repercussão, inclusive, nas estatísticas de inquéritos civis instaurados e ações ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho.

Some-se a isso o fato de que as pressões inerentes à atividade bancária traduzem um assustador reflexo na vida dos empregados.

Estatísticas revelam que, em âmbito nacional, o problema atinge 66% dos bancários, segundo consulta feita pela Contraf (Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro) em 2011.³⁶

Em suma, de todos os conceitos acima trabalhados, é possível se extrair o seguinte conceito: assédio moral é toda conduta omissiva ou comissiva, de natureza psicológica, cuja repetição contínua ao longo do tempo tem a intenção de prejudicar trabalhador outro ou grupo de trabalhadores, por meio de atos vexatórios, humilhantes ou degradantes de sua personalidade humano e atentadores à dignidade da pessoa humana, cujas consequências podem ser a destruição de um ambiente sadio, a exclusão deste trabalhador ou grupo de trabalhadores do relacionamento social na empresa, inclusive recaindo na demissão, ou até mesmo causar uma doença psíquica.

35. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Assédio moral em estabelecimentos bancários*. MPT. Coordigualdade. 2013. p. 7. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b/cartilha_assedio_moral_web.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b>. Acesso em 03.nov.2016.

36. Ibid.

Embora ainda seja um fenômeno de estudo recente entre os estudiosos focados em Direito do Trabalho, o assédio moral estrutural, também chamado de organizacional, institucional ou empresarial, pode ser entendido como o grande mal do século XXI, pois é considerado como um dos responsáveis pelo número de doenças do tipo psicológico no mundo, uma das preocupações da OMS³⁷.

Assim, o conceito de assédio moral estrutural se insere neste abuso do poder diretivo do empregador ao decidir o *modus operandi* da atividade econômica. Isto porque, assim como o assédio moral, o tipo organizacional se traduz em um conjunto sistemático de práticas repetidas ao longo do tempo, originadas nos métodos de gestão empresarial, que justamente por tentarem atingir o máximo de produtividade de seus empregados e diminuir custos trabalhistas com mão de obra, realizam pressões, humilhações, constrangimentos, metas abusivas e inatingíveis que acabam por adoecer e/ou assediar um ou mais trabalhadores, por vezes um grupo/equipe/departamento inteiros.

Nesse sentido, de modo a se diferenciar o assédio moral pessoal ou interpessoal, observe o seguinte trecho, retirado da cartilha elaborada pelo Ministério Público do Trabalho sobre o assédio no setor bancário:

Só que, além do assédio moral, cuja origem está no fenômeno interpessoal, tornaram-se recorrentes no trabalho situações em que o comportamento tirânico/assediador é legitimado por normas e valores organizacionais. Com isso, o caráter interpessoal da prática passa a ser uma questão organizacional. Práticas e procedimentos organizacionais percebidos como opressivos e humilhantes são utilizados de forma repetida e frequente no tempo de forma a que ocorram situações em que os trabalhadores se sintam vitimados. Nesses casos, então, pode-se falar em assédio moral organizacional.

Na atividade bancária, diante dos planos de metas, o assédio moral organizacional tem se tornado muito comum. É a prática sistemática, reiterada e frequente de variadas condutas abusivas, sutis ou explícitas contra uma ou mais vítimas, adotadas no trabalho, que, por meio do constrangimento e humilhação, visa a controlar a subjetividade dos trabalhadores.³⁸

Por conta destas considerações, o assédio moral estrutural, embora tenha outras nomenclaturas, impõe trazer novo conceito sobre o quão o próprio sistema de gestão e condução de deter-

37. Para maiores informações, GIRALDI, Renata. *OMS: doenças mentais e neurológicas atingem cerca de 700 milhões de pessoas*, alerta OMS. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-20/oms-doencas-mentais-e-neurológicas-atingem-cerca-de-700-milhoes-de-pessoas-alerta-oms>>. Acesso em 04.jun.2014.

38. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Assédio moral em estabelecimentos bancários*. MPT. Coordigualdade. 2013. p. 12. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b/cartilha_assedio_moral_web.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b>. Acesso em 03.nov.2016.

minadas empresas ofendem princípios basilares não somente do Direito do Trabalho, mas da Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e por isso não devem ser tolerados no ordenamento jurídico que se pretende sistemático, pois até mesmo a livre atividade econômica, também assegurada constitucionalmente, tem limites constitucionais. Não há confronto constitucional de princípios se o princípio da dignidade da pessoa humana é *norma nominal* do sistema jurídico.

Ora, essa “espécie de assédio moral desencadeada pela própria empresa” é o assédio organizacional. No assédio estrutural, não há, portanto, um caso pontual de doença ou dano extrapatrimonial a ser causado: se a causa é generalizada, pois há várias delas, as consequências também o são.

Isso tudo evidencia uma característica primordial do assédio moral estrutural: como o assédio vem do próprio modo de gestão empresarial, não é necessariamente importante qual o gestor que está em determinada área, pois mesmo que se troque o superior hierárquico das vítimas deste tipo de assédio, ele continuará a produzir seus efeitos, pois o problema está no próprio modo de conduzir a empresa em si, e o novo gestor será compelido a retomar as antigas práticas.

Assim, forçoso concluir que este tipo de assédio possui outra diferenciação: ao contrário do assédio vertical, que pode ser do tipo perverso, em que o gestor tem a finalidade sem motivação alguma de destruir algum funcionário ou o faz apenas para valorizar seu próprio poder, ou que pode ser do tipo estratégico, em que o gestor pretende que o empregado peça demissão por não mais suportar referido assédio³⁹, o assédio moral estrutural faz parte do próprio modo de gestão em seu todo, o que acaba por “domesticar” os trabalhadores ao molde empresarial:

A finalidade básica extraída das práticas de assédio moral no trabalho acima mencionadas é instrumental, qual seja a promoção do envolvimento subjetivo dos trabalhadores às regras da administração, pressionando-os à resignação aos parâmetros da empresa e excluindo aqueles com o “perfil inadequado”. A **docilização** e padronização do comportamento de todo grupo de trabalho obtidas pela sanção imputada aos “diferentes” se difunde em todos os níveis da organização por intermédio do exemplo, saneando o espaço empresarial.⁴⁰

Uma das grandes consequências do assédio estrutural é o comprometimento da saúde do trabalhador, tanto física como mental.

A verdade, entretanto, é que a pessoa assediada, além de ser ofendida em seus direitos da personalidade, garantidos pela Constituição Federal, também é vítima de uma infinidade de problemas de saúde, dentre os quais a “Síndrome

39. FERREIRA, Andréia apud OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Assédio moral no trabalho*: caracterização e consequências. São Paulo: LTr, 2013. p. 49.

40. ARAUJO, Adriane Reis de. *Assédio moral organizacional*. Rev. TST, Brasília, vol. 73, n 2, abr/jun 2007. p. 212.

de Burnout”. Chamada ainda de “Síndrome do esgotamento profissional” ou “estafa profissional”, essa doença, cuja principal causa é o excessivo estresse no ambiente de trabalho, é caracterizada pela sensação de esgotamento físico e emocional, mudanças bruscas de humor, irritabilidade, lapsos de memória, dificuldade de concentração, ansiedade, depressão, dores de cabeça, hipertensão e uma série de outros sintomas.

Os transtornos mentais, a propósito, são a terceira maior causa de afastamento pelo INSS e o terceiro motivo de aposentadoria por invalidez nas cidades, o que dá a dimensão do impacto desse tema em nosso mercado de trabalho. É necessário que os empresários compreendam que o custo dessas práticas é muito alto, o que não compensa o momentâneo aumento de produtividade. Os trabalhadores não são máquinas e, cedo ou tarde, cairão exaustos na vala dos inválidos e improdutivos, prejudicando assim toda a sociedade.⁴¹

Doenças como a Síndrome do Pânico e Síndrome de *Burnout* são exemplos das nefastas consequências do assédio estrutural e, adicionadas ao aumento do número de afastamentos no INSS por conta de doenças deste tipo, indicam o adoecimento da classe trabalhadora ante a forma de gestão empresarial.

O assédio moral constitui uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para todos que trabalham no setor bancário.

A humilhação repetitiva e de longa duração acaba interferindo na vida do empregado de modo direto, comprometendo sua identidade, sua dignidade e suas relações afetivas e sociais. Isso causa graves danos à saúde física e psicológica, pode evoluir para uma incapacidade laborativa e até mesmo para a morte, constituindo um risco invisível, mas real.⁴²

Há inúmeros indicativos da existência de assédio moral organizacional no setor bancário. Nesse sentido, observe-se a seguinte observação feita pelo MPT:

Outras vezes, como é comum no setor bancário, o assédio se volta para a concretização de metas de produção ou para que o empregado venha a abrir mão de verbas ou direitos (a exemplo da emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT), entre outras situações.⁴³

41. FERNANDES FILHO, Frederico E. *Downsizing, straining e burnout* – três ingleses que andam juntos. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/downsizing-straining-e-burnout/76411/>>. Acesso em 07.maio.2014.

42. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Assédio moral em estabelecimentos bancários*. MPT. Coordigualdade. 2013. p. 25. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b/cartilha_assedio_moral_web.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=71eb9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b>. Acesso em 03.nov.2016.

43. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Assédio moral em estabe-*

Ora, o abuso na relação de emprego a ponto de caracterizar o assédio moral organizacional pode causar “a perda de interesse pelo trabalho e do prazer de trabalhar, desestabilizando emocionalmente e provocando não apenas o agravamento de moléstias já existentes, como também o surgimento de novas doenças”.⁴⁴

Em certo modo, o assédio moral organizacional gera diminuição do quadro de empregados ativos, pois o surgimento de doenças pode refletir em afastamentos previdenciários e, conseqüentemente, em perda de “material humano”, com reflexos no ambiente de trabalho em relação ao “clima” entre os colegas não afastados, com possíveis quedas na produtividade e na qualidade do trabalho entregue, com a criação de um “círculo vicioso” e nova ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho. “Isso causa a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em razão do assédio sofrido”.⁴⁵

Assim, embora seja considerado uma atividade extenuante e a jornada em regra do bancário, nos termos do art. 224 da CLT, percebe-se que a maioria dos trabalhadores bancários não exerce a jornada de 6 horas.

Conforme visto anteriormente, há duas formas principais de burlar a jornada reduzida: ou a configuração de cargo de confiança para cargos técnicos, ou a pré ou pós contratação de horas extraordinárias.

A questão de 7ª e 8ª horas/cargo de confiança também é fonte de assédio moral organizacional. Conforme disposição do artigo 224 da CLT, a jornada-regra da categoria bancária é a de 6 horas, com duração do trabalho de 30 horas semanais. Contudo, ilude-se a maioria da categoria, dando-lhe “cargos de confiança”, previstos no §2º do mesmo artigo, não somente para burlar a legislação trabalhista específica de jornada reduzida, mas também para sugerir aos trabalhadores, porque não, que seu cargo é diferencial e “especial”, merecendo inclusive uma gratificação de função para tanto que, contudo, não passa de uma divisão salarial dos salários (valores de troca humano) praticados no mercado?

Referida perpetuação de que todos os bancários possuem cargo de confiança, contudo, leva à outra situação: o inchaço no Judiciário de ações de bancários pleiteando, inúmeras vezes, tão somente a 7ª e 8ª horas e a reversão a cargo técnico.

Quantas e quantas ações foram ajuizadas tão somente com referido propósito e, depois, negociadas a 50% do valor devido? Para onde foi a outra metade das horas extras do bancário sem cargo de confiança real?

A política de inserção de empregados em jornada acima da legal, por si só, já configura abuso da condução da atividade econômica bancária. Com a tecnologia a criação das “agências virtuais” e a evolução das operações via *internet*

licimentos bancários. MPT. Coordigualdade. 2013. p. 9. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/71e-b9c35-6b25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b/cartilha_assedio_moral_web.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=71eb9c35-6b-25-4340-81ac-9fe9d6fbbc1b>. Acesso em 03.nov.2016.

44. Ibid.

45. Ibid.

banking, o Itaú transformou inúmeros correntistas do setor “Uniclass” em correntistas virtuais, que somente podem tratar com gerentes virtuais. Embora sejam classificados como “gerentes de conta Uniclass” e supostamente pertencerem a atendimentos de clientes mais setORIZADOS e com rendimentos maiores, todos se localizam na mesma plataforma – não só de clientes, como é a divisão entre gerentes pessoa jurídica no Itaú (gerentes empresas da plataforma 1, 2 ou 3 são divididos pelo porte das empresas, sendo que o da plataforma 1 atende empresas com capital de giro maior, ou seja, acima de 4 milhões por ano, e os gerentes empresas de plataforma 3 atendem empresas de capital de giro menor, até 500 mil reais por ano), mas também no mesmo local de trabalho.

O atendimento desses gerentes virtuais é feito via telefone, e-mail ou via mensagem do *internet banking*, e esses gerentes chegam a usar *head set* para o atendimento, em verdadeiro telemarketing; contudo, sua jornada não é reduzida a 6 horas, como é previsto no anexo 2 da NR 17, tampouco há o suposto *glamour* nessa gerência – as alçadas, os supostos poderes de um cargo de confiança e a remuneração superior a de um efetivo não existem ante a mecanização do trabalho, a restrição a mero preenchimento e captadores de novos clientes e realização de venda de produtos bancários.

Por mais que os números da Justiça do Trabalho sejam alarmantes, com um número de processos cada vez mais crescente, não se olvide que muitos bancários e bancárias ainda temem por ajuizar ações trabalhistas, a demonstrar que a organização do trabalho bancário por meio de criação de cargos de confiança ou pré ou pós contratação de horas extras ainda se demonstra uma gestão aceitável do ponto de vista legal. Mas restringir o pagamento de horas extraordinárias a setores inteiros da categoria bancária não deixa de ser um assédio organizacional, pois ainda há restrições de fundo psicológico dos empregados que possuem processos trabalhistas.

O preconceito que se possui a um trabalhador que ajuizou uma ação trabalhista ainda existe na sociedade – caso contrário, a expressão “entrar no pau” não estaria ainda em uso dentre os trabalhadores e as trabalhadoras para indicar o interesse em ajuizar uma ação. Referida expressão faria alusão a uma vingança em face do antigo empregador, pois seria a vez de a empresa “estar no pau”, em analogia ao pelourinho que ficava no centro das praças das cidades antigas, onde escravos apanhavam dos capatazes do senhorio. Assim, demonstra-se que, fora o racismo da expressão em si, que o processo trabalhista é visto como um meio de “atrapalhar”, de “travar”, de se vingar das empresas, e não como um meio de efetivação de direitos trabalhistas. Percebe-se em muitas ações trabalhistas razões mais emocionais do que financeiras que justificaram o seu ajuizamento, o que levaria a um sentimento de que somente os que saíram com algum rancor de seus antigos superiores hierárquicos ou de antigos colegas de trabalho é que possuem motivo para ajuizarem ações trabalhistas.

Assim, o que parece simples, à realidade, é uma estratégia empresarial não somente de negar a remuneração de todas as horas extraordinárias à quase totalidade da categoria bancária (horas extras que, em um dia, representam 1/3

da jornada bancária), mas de continuidade de uma política de medo do Judiciário, temor ao Fórum e cultura do receio de ajuizamento de ações trabalhistas, um dos ambientes que deveriam ser de acolhimento a trabalhadores e trabalhadoras, e não ser visto como um ringue de batalhas ou como um meio de represália a empresas.

O debate sobre o assédio moral é forte na categoria dos bancários, porque a busca de lucros no setor bancário é feita por meio de práticas que caracterizam o assédio moral organizacional que, embora “dê resultados”, está acabando com a saúde dos trabalhadores e trabalhadoras.

O assédio moral organizacional pode gerar afastamentos previdenciários relacionados a problemas de saúde física, mental e até chegar a suicídios. Pode-se citar, recentemente, o caso do empregado da CEF em Salvador, que sacou uma arma durante o expediente bancário, atirou em dois colegas e depois se matou.⁴⁶

Em consulta feita pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF), feita com a participação de 37 mil trabalhadores do setor, a pressão por metas abusivas foi vista por dois em cada três bancários brasileiros como o principal problema enfrentado pela categoria em 2013. Dos participantes, 66,4% reclamaram deste ponto específico.⁴⁷

Trata-se de uma consequência de prática de assédio moral organizacional, pois os abusos acontecem não somente em relações individuais (o que não está descartado no setor bancário, mas também é um ato incentivado pela estrutura bancária, o que não deixa de se caracterizar como assédio moral organizacional), mas pela forma como o trabalho é organizado, pelas exigências das instituições bancárias empregadoras e reestruturação produtiva do setor em busca de maior produtividade individual. Em média, entre os anos de 1995 a 2005, houve um suicídio a cada 20 dias entre os bancários e bancárias.⁴⁸

Em 2006, pesquisa do Sindicato dos Bancários de Pernambuco feita com base em questionários anônimos revelou alto índice de reclamações sobre a questão. Dos 2.609 bancários que responderam as perguntas, 38,9% afirmaram que haviam sofrido situações constrangedoras no trabalho. Das 804 pessoas que responderam a uma segunda pergunta, sobre a frequência das situações constrangedoras, quase 80% delas (638 pessoas) disseram que estas ocorrem uma ou mais vezes pela semana, o que é o sufi-

46. A notícia está disponível em: <<http://www.metro1.com.br/noticias/cidade/27309,homem-atira-contrafuncionarios-da-caixa-economica-em-empresarial-na-paraalela.html>>. Acesso em 22.dez.2016.

47. REPORTER BRASIL. **Assédio moral e metas abusivas ameaçam saúde de bancários**. Lisa Carstensen. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/01/assedio-moral-e-metas-abusivas-ameacam-saude-de-bancarios/>>. Acesso em 26.dez.2016.

48. SANTOS, Marcelo Augusto Finazzi. **Patologia da solidão: o suicídio de bancários no contexto da nova organização do trabalho**. Dissertação de mestrado em Administração. Universidade de Brasília: Brasília, jun.2009. p. 178.

ciente para caracterizar assédio moral. A pesquisa também mostra que 15,63% dos entrevistados nunca falaram com ninguém sobre o ocorrido.⁴⁹

Em 2012, Contraf-CUT, por meio de informações do INSS, apontou que 21.144 trabalhadores bancários foram afastados do trabalho em 2012 por problemas de saúde. Do total de causas, 25,7% correspondem a estresse, depressão e síndrome de pânico. Entre outros problemas de saúde, também são objeto de pesquisas e preocupações as lesões por esforços repetitivos, que despontaram em primeiro lugar com 27% dos afastamentos em 2012.⁵⁰

Já segundo dados do Coletivo Nacional de Saúde do Trabalhador da Contraf-CUT, em 2013, foram 18.671 afastamentos de bancários por problemas de saúde. Do total de auxílios-doença acidentários concedidos pelo INSS, 52,7% tiveram como causas principais os transtornos mentais e as doenças do sistema nervoso, que já ultrapassaram os casos de Lesões por Esforços Repetitivos ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/DORT) entre a categoria. Segundo o SEEB-SP, cerca de 18 mil bancários a se afastarem por doença, todos os anos, e a própria Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) reconhece que a pressão abusiva leva ao adoecimento.⁵¹

A Fundação Jorge Duprat e Figueiredo (FUNDACENTRO) produziu o estudo “Acidentes de trabalho no Brasil em 2013: comparação entre dados selecionados da Pesquisa Nacional de Saúde do IBGE (PNS) e do Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) do Ministério da Previdência Social” e constatou uma grande discrepância. Enquanto que para a Previdência o País registrou 717.911 acidentes de trabalho em 2013, os dados do IBGE revelam 4,9 milhões de pessoas, com 18 anos ou mais, que teriam se envolvido em acidente de trabalho no Brasil.

A última estatística divulgada pelo INSS, entre janeiro e março de 2015, revela que 4.423 bancários foram afastados do trabalho, sendo 25,3% por lesões por esforços repetitivos e distúrbios osteomusculares e 26,1% por doenças como depressão, estresse e síndrome do pânico.

Maria Maeno, médica e pesquisadora da Fundacentro, destaca que, contudo, o novo modelo de perícia médica e de reabilitação profissional dificultam o acesso dos trabalhadores aos direitos de seguridade social, o que mascara o número real de adoecidos da categoria. Em vários casos, o INSS já

49. REPORTER BRASIL. **Assédio moral e metas abusivas ameaçam saúde de bancários**. Lisa Carstensen. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/01/assedio-moral-e-metas-abusivas-ameacam-saude-de-bancarios/>>. Acesso em 26.dez.2016.

50. REPORTER BRASIL. **Assédio moral e metas abusivas ameaçam saúde de bancários**. Lisa Carstensen. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/01/assedio-moral-e-metas-abusivas-ameacam-saude-de-bancarios/>>. Acesso em 26.dez.2016.

51. SINDICATO DOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SÃO PAULO, OSASCO E REGIÃO – CUT. Notícias. **Assédio moral em debate com a Fenaban**. Disponível em: <<http://www.spbancarios.com.br/Noticias.aspx?id=16732>>. Acesso em 10.dez.2015.

tem concedido o auxílio-doença de até 60 dias, porém sem resolver como se daria a concessão de benefícios motivados por acidente ou doença relacionados com o trabalho. O INSS insiste em uma política que discrimina os trabalhadores logo na porta de entrada das agências da Previdência Social ao dar tratamento diferenciado aos segurados. Isso porque o INSS quer delegar unicamente para as empresas a tarefa da reabilitação profissional, não garantindo a inclusão dos trabalhadores e de seus representantes no processo, direito que está assegurado por convenções da OIT, como a 159, assinada pelo Brasil.

Portanto, em razão de a jornada de trabalho reduzida ser uma conquista da categoria bancária e em função do princípio da proibição do retrocesso social, não poderia um direito social constitucionalmente garantido ser modificado por medida provisória, tampouco haver uma compensação decorrente de uma fraude trabalhista.

RENAN MARTINS LOPES BELUTTO

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
Graduado em Direito no ano de 2012

A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NAS ESCALAS DE 12X36 HORAS

Resumo: Este trabalho busca examinar a ineficácia do acordo de compensação de jornadas, elaborado no sistema da escala de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas, nos casos em que o empregador viola a sua obrigação de conceder os repousos da escala, à luz do princípio da exceção do contrato não cumprido.

Palavras-chave: Horário de trabalho. Compensação. Ineficácia.

1 INTRODUÇÃO

A jornada caracterizada pelo trabalho por 12 horas consecutivas, seguido de um repouso de 36 horas ininterruptas consiste em uma modalidade de compensação de horários, por meio da qual o labor que excede o limite constitucional diário de 08 horas é compensado com as folgas da escala.

A Lei nº 11.901/2009, em seu artigo 5º, foi o primeiro diploma legal que previu essa sistemática de trabalho, ao disciplinar a profissão dos bombeiros civis. Não obstante, mesmo antes dessa Lei, a escala 12x36 horas era aplicada a muitas outras profissões, como, por exemplo, na área da saúde, em virtude de previsões em normas coletivas.

A inexistência de lei sobre o tema gerou uma grande quantidade de recursos dirigidos ao C. TST para exame da questão, em razão da alegada violação ao art. 7º, XIV, da Constituição Federal, e do art. 59, § 2º, da CLT, que limita a prestação de horas extras a 02 horas diárias.

A Corte Superior, contudo, concluiu que essa modalidade de compensação é válida, desde que prevista em Lei ou em norma coletiva, tendo sido editada nesse sentido a Súmula nº 444, no ano de 2012. Os principais fundamentos para acolhimento dessa jornada foram o prestígio à vontade coletiva, na linha do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, e o fato de que, a cada duas semanas, a escala 12x36 horas implica em jornada média de 42 horas semanais, o que não excede o módulo semanal estatuído na Lei Fundamental.

O tema também foi enfrentado pelo E. STF, na ADI 4.842, julgada no ano de 2016, na qual a Corte Suprema considerou constitucional a previsão do art. 5º da Lei nº 11.901/2009.

Na esteira das decisões dos Tribunais Superiores, a Lei nº 13.467/2017 buscou disciplinar a escala 12x36 horas, promovendo a inclusão do artigo 59-A na CLT, com a seguinte redação:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Além desse artigo, que é específico da escala 12x36 horas, a Reforma Trabalhista também incluiu na CLT a previsão de que “a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas” (parágrafo único do art. 59-B), que se aplica a todos os sistemas de compensação.

Neste artigo, pretendemos examinar criticamente a aplicação conjunta das duas disposições, em especial nos casos em que as horas extras habituais decorrem do labor nos dias destinados à folga da escala 12x36 horas, e as possíveis consequências dessa extrapolação no contrato de trabalho.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao lado do princípio da função social, a boa-fé constitui um dos postulados mais importantes dentro do Direito Civil atual, o que repercute em todos os demais ramos que compõem o regime jurídico privado.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 dispõe que a boa-fé deve funcionar como diretriz de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), como limite do exercício legítimo de direitos (art. 187) e como princípio contratual explícito (art. 422), o que demonstra a relevância desse princípio no Novo Código.

Com isso, o direito privado busca superar o antigo formalismo jurídico, erigindo a eticidade como um dos valores que informam a própria visão do atual diploma. Ou seja, busca-se demolir o muro teórico que pretendia separar Direito e Moral, para reconhecer e exigir a aplicação de valores éticos também nas relações privadas.

Outro importante avanço se deu com a positivação da boa-fé objetiva, eis que o Código de 1916 limitava-se a reconhecer a boa-fé subjetiva. Conforme lições da doutrina:

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava na codificação de 1916. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio (TARTUCE, 2017, p. 642).

Portanto, dentro do novo modal do Código Civil de 2002, a discussão acerca de eventual violação à boa-fé não se restringe à ciência da parte acerca das circunstâncias que envolvem a sua ação.

É certo que a boa-fé subjetiva continua presente, como, por exemplo, na classificação da posse de acordo com a ciência, ou não, do possuidor acerca do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201).

Contudo, especialmente no exame dos contratos, tem assumido maior relevância a análise objetiva das condutas empregadas pelos contratantes na elaboração e na execução do pacto, tendo menor importância a intenção que o agente possuía naquele momento.

Com isso, reforçam-se os valores da previsibilidade, da lealdade e da confiabilidade nos contratos, os quais assumem relevante papel nos negócios jurídicos, podendo a sua violação produzir, até mesmo, o inadimplemento contratual, ainda que a conduta violadora não se relacione com o objeto em si do contrato.

Portanto, com a inovação trazida pelo Código de 2002, a aplicação da eticidade nos contratos tem por objetivo a proteção da confiança das partes, garantindo a estabilidade das relações jurídicas e, em última instância, promovendo a segurança jurídica no âmbito privado.

Em termos práticos, pode-se indicar como primeira consequência da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos a existência dos deveres anexos ou laterais de conduta das partes.

Esses deveres constituem ações ou abstenções que os contratantes devem observar na fase pré-contratual, na execução da avença e mesmo após o seu cumprimento, por se tratarem de condutas ínsitas a todos os contratos, independentemente de previsão no instrumento contratual.

Pode-se citar como alguns dos deveres anexos ou laterais: o dever de respeito mútuo, o dever de informação, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de agir com razoabilidade, equidade e bom senso, o dever de sigilo, entre outros.

Nessa linha, a título de exemplificação, ainda que inexista no contrato cláusula específica acerca da confidencialidade, se uma das partes divulgar o conteúdo do negócio jurídico para terceiros, o prejudicado pode buscar a reparação de danos com base na responsabilidade contratual, em virtude da quebra de um dos deveres anexos ao contrato, derivado da boa-fé objetiva.

Reitere-se não ser relevante a existência de dolo ou culpa, porque não se trata da boa-fé subjetiva. Se o contrato pode, de qualquer modo, repercutir negativamente na imagem de alguém, o contratante possui a justa expectativa de que o sigilo será mantido, independentemente de previsão contratual nesse sentido.

Por tal razão, é prescindível o exame da intenção da parte que quebrou o sigilo do contrato. Uma vez praticada a conduta que se espera adequada para o caso (a manutenção da confidencialidade, dentro do exemplo proposto), tem-se a violação do dever anexo ao contrato, exurgindo a obrigação de reparar os danos causados, ante a verificação da conduta que infringiu a boa-fé contratual.

Além dos deveres laterais, cumpre examinar os chamados conceitos parcelares da boa-fé objetiva, que constituem outras repercussões desse princípio nos contratos, extraídas do estudo do Direito Comparado.

O primeiro dos conceitos parcelares que pode ser citado é a *supressio*, que implica na perda de uma posição contratual, por renúncia tácita, pelo seu não exercício com o passar do tempo. Vale ser destacado que o art. 330 do Código Civil claramente incorpora esse conceito ao dispor que: “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

Nota-se que a conduta do credor de reiteradamente aceitar o pagamento em local diverso do contratado se sobrepõe à previsão contratual e mesmo à intenção que o levou a aceitar essa prática reiterada, sendo notável a relevância que o Novo Código dá à previsibilidade e a proteção às expectativas geradas.

De outro lado, a supressão sofrida por uma parte gera a aquisição de uma posição pela outra parte, o que configura a *surrectio*.

Na linha do art. 330 supracitado, o devedor adquire, pela *surrectio*, o direito de continuar efetuando o pagamento no local convencionado pela prática reiterada, em detrimento da previsão contratual.

Outro conceito parcelar amplamente conhecido é o *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição da prática de conduta contraditória a um comportamento anteriormente adotado na relação contratual.

Conforme se extrai das lições sobre esse tema, são quatro os pressupostos para a configuração do comportamento contraditório:

A função do *nemo potest venire contra factum proprium* é, como já se esclareceu, a tutela da confiança. Os pressupostos de sua aplicação devem, portanto, ser informados por este fim. Embora a afirmação pareça truista, parte considerável da doutrina, e mesmo aqueles autores que vinculam expressamente o *nemo potest venire contra factum proprium* à noção de confiança, limitam-se muitas vezes a repetir o elenco de pressupostos que se centra exclusivamente sobre o fator da coerência. Tal orientação deve ser rejeitada. Cumpre propor, em consonância com os melhores estudos, um rol de pressupostos declaradamente informado pela tutela da confiança.

À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (SCHREIBER, 2016, p. 127).

Outro conceito parcelar invocado em diversos julgados do C. STJ consiste no *duty to mitigate the loss*, isto é, no dever de minimização ou redução dos prejuízos.

Segundo essa figura parcelar da boa-fé, ainda que tenha ocorrido o inadimplemento, o credor da reparação deve cooperar com o devedor e agir para atenuar as perdas sofridas. Não pode a parte permitir, por sua ação ou omissão, que o dano se amplifique de maneira desmedida.

Cabe destacar o seguinte excerto de aresto da Corte Superior acerca do tema:

[...] o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (v.g: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade [...] (STJ. REsp 1201672/MS. Relator: Desembargador Convocado Lázaro Guimarães. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 21/11/2017).

Em conclusão, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva, atualmente positivado no Código Civil de 2002, possui destacada relevância no âmbito do Direito Privado, servindo como importante guia da conduta das partes em todas as fases contratuais, de modo a tutelar a proteção da confiança nos negócios jurídicos.

3 A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção do contrato não cumprido constitui um dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva, a qual foi destacada do capítulo anterior, a fim de permitir o seu exame de maneira mais aprofundada.

De início, cabe registrar que essa figura possui expresso acolhimento no Código Civil de 2002, em seu art. 476, o qual está assim redigido: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Verifica-se uma clara aplicação do princípio da boa-fé na relação contratual, pois se mostra contrário à proteção da lealdade e ao dever de colaboração admitir que uma parte inadimplente na sua obrigação possa exigir o cumprimento da obrigação recíproca da outra parte.

Ainda, assegura a Lei Civil, também, a suspensão da execução do contrato pela parte que antevê a possibilidade de inadimplemento pela outra parte, em virtude do risco de insolvência:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Assim, a exceção do contrato não cumprido consiste em uma espécie de defesa concedida ao devedor que pode se recusar ao cumprimento da sua obrigação, em face do inadimplemento do credor, ou do risco de este se tornar insolvente antes do cumprimento da sua parte na avença.

Vale destacar que o CPC de 2015 expressamente prevê como pressuposto processual da ação de execução a comprovação, pelo exequente, de que cumpriu com sua obrigação, quando esta constituir pressuposto da obrigação a ser cumprida pelo executado: “Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo”.

Diante da cominação da Lei Adjetiva, nota-se que o Juízo pode, de ofício, exigir a comprovação pelo exequente, mormente porque as regras extraídas do princípio da boa-fé são de ordem pública.

A interpretação do art. 476 do Código Civil à luz do princípio da boa-fé objetiva revela como pressupostos da exceção do contrato não cumprido: 1) a bilateralidade e a onerosidade do contrato, 2) a reciprocidade das obrigações e 3) a proporcionalidade entre o inadimplemento verificado e a obrigação recusada pelo devedor.

Acerca do primeiro pressuposto, é certo que não é possível ao devedor invocar a exceção nos contratos unilaterais ou gratuitos, pois nesses casos não se cogita de obrigação devida pelo credor a justificar a resistência do devedor.

No tocante à reciprocidade, é oportuno trazer a doutrina abalizada sobre o tema:

[...] se é certo que o legislador não mencionou a equivalência das prestações como requisito ao exercício da exceção do contrato não cumprido, não menos verdade que a bilateralidade subentende a relação de causalidade entre as obrigações das partes. Pressupõe, por outras palavras, uma implicação entre elas, de modo que mesmo não havendo total equivalência, têm ambas um peso similar (MONTEIRO; MONTEIRO, 2015, p. 114).

De fato, é necessário haver uma imbricação entre as obrigações das partes, porque somente justifica a resistência do devedor o descumprimento de uma cláusula contratual que guarde relação lógica com a obrigação devida ao credor.

Ora, a exceção visa a proteger a boa-fé contratual. Assim, a sua invocação não pode dar guarida a possíveis abusos da parte inadimplente.

Por fim, é necessário destacar que, ainda que o contrato seja bilateral e oneroso e que as obrigações examinadas sejam recíprocas, deve estar presente inadimplemento relevante da parte credora. A violação deve ser tal que justifique a resistência do devedor e a não execução da sua parte na avença.

Assim, havendo situações em que se observa o adimplemento substancial da obrigação pelo credor, não se abre para o devedor a possibilidade de invocação da exceção. Conforme já decidiu o C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL E MÍNIMO DA AVENÇA. DESPROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES. [...] 3. “- A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo” (REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23/4/2010). 4. Diante do contexto de desproporcionalidade que a presente hipótese evidencia, verifica-se que o acórdão, ao afastar a exceção do contrato não cumprido, acabou por violar princípios norteadores da relação contratual, quais sejam, o da proporcionalidade, da boa fé e da função social do contrato, porque, por uma importância desproporcional ao valor do bem, garantiu aos recorridos um benefício muito maior do que o contratado, haja vista que, o atraso na quitação do IPTU, no montante declinado, nunca representaria motivo suficiente ao pedido de rescisão contratual, seja pelo fato de que o imóvel já havia sido entregue, seja pelo fato de que o valor das prestações já quitadas supera em muito o montante atribuído ao Fisco e que, facilmente, poderia ter sido abatido do valor devido. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (STJ. REsp 1220251/MA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 06/03/2012).

Em síntese, a exceção do contrato não cumprido assegura a uma parte do contrato que deixe de cumprir a obrigação que lhe foi imposta, em virtude de inadimplemento relevante de uma obrigação recíproca pela outra parte, em contrato bilateral e oneroso.

4 O ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS

Acerca da jornada de trabalho, o art. 7º, da Constituição Federal estabelece em seus incisos XIII e XIV, os limites da duração do trabalho, nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

A prestação de serviços para além desses limites consiste em labor em prorrogação de jornada, o que impõe a remuneração das horas excedentes com o adicional de, no mínimo,

50% do valor da hora normal, conforme inciso XVI, do mesmo artigo da Lei Fundamental.

Ocorre que, como se nota do texto constitucional, há expressa previsão de compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

De fato, considerando que os limites da duração do trabalho consistem em normas de proteção da saúde dos trabalhadores, haja vista os diversos estudos que relacionam acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ao excesso de trabalho, a compensação de horários se mostra medida menos gravosa do que o simples pagamento da remuneração extraordinária. Ou seja, havendo prestação de serviços para além dos limites constitucionais, a melhor medida reparadora consiste na compensação do sobrelabor, sendo o pagamento de horas extras a última medida a ser empregada.

Nesse sentido, pode-se conceituar o acordo de compensação de horário como o pacto incidente no contrato de emprego, pelo qual o trabalho para além dos limites legais ou constitucionais é compensado com folgas adicionais dentro de um certo módulo temporal.

Exemplo de pacto compensatório, derivado de construção pretoriana, consiste na compensação semanal de jornadas.

Por meio desse acordo, disciplinado pela Súmula nº 85 do C. TST, o labor correspondente aos sábados pode ser diluído na jornada de segunda a sexta-feira, usufruindo o trabalhador da folga adicional no sábado.

Outra modalidade de compensação, inserida na CLT no ano de 2001, consiste no chamado banco de horas, no qual as horas extras prestadas pelo empregado, até o limite de duas diárias, são acumuladas para posterior descanso, dentro do interstício de um ano.

Em virtude da previsão expressa do § 2º, do art. 59, da CLT, esse sistema de compensação deve estar autorizado em norma coletiva para poder ser implantado pela empresa. Contudo, a Lei nº 13.467/2017 passou a admitir o acordo individual, desde que a compensação de horas se dê no período de seis meses.

Ainda, destaque-se a escala 12x36 horas que também consiste em jornada desenvolvida por meio de acordo de compensação de horários, na medida em que a jornada diária do obreiro excede o limite constitucional de 08 horas, mas é compensada com as folgas da escala, que implicam em jornada semanal média de 42 horas.

Como registrado na introdução deste trabalho, o referido sistema encontrava previsão em diversas normas coletivas, tendo sido validado pela jurisprudência do C. TST, o que culminou na edição da Súmula nº 444.

Por fim, vale apontar que, embora essas sejam as modalidades de compensação mais comuns, há outros sistemas de trabalho menos difundidos, firmados em razão das especificidades da profissão ou do local da prestação de serviços.

O grande desafio no exame dos acordos de compensação reside no fato de o contrato de emprego constituir um dos pactos mais complexos da ordem privada, em virtude de muitas das suas cláusulas e condições serem estabelecidas verbal ou tacitamente entre as partes, de acordo com a dinâmica da prestação de serviços, como permite o art. 442 da CLT.

Com efeito, é muito comum em Reclamações Trabalhistas que cláusulas fundamentais do contrato, como os horários de trabalho, as atividades desempenhadas pelo empregado e a contraprestação paga, divirjam sensivelmente do que foi firmado no instrumento de contratação, sendo objeto de discussão o que se deu na prática adotada pelas partes.

É por esse motivo que o Direito do Trabalho possui como um dos seus princípios fundamentais a primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual:

[...] deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços (GODINHO, 2019, p. 244).

Essa contingência do contrato de trabalho revela a enorme importância da aplicação da boa-fé objetiva no Direito do Trabalho, eis que, como visto, esse princípio visa a tutelar, exatamente, a proteção à confiança dos contratantes diante das práticas assumidas reiteradamente no curso da relação laboral.

Conforme lições da doutrina:

[...] não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, empregado e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a fonte do salário e do lucro. Os artigos 482 e 483 da CLT, ao indicarem a casuística da justa causa, em verdade estão a elencar hipóteses em que a conduta do empregado ou do empregador acarreta a quebra da confiança que um no outro depositava. Não há melhor expressão, no direito do trabalho em vigor no Brasil, da função informador do princípio da boa-fé (LEITE DE CARVALHO, 2019, p. 90).

Considerando que o contrato de emprego é um contrato de trato sucessivo, firmado, em regra, por prazo indeterminado, é essencial para o desenvolvimento da relação jurídica que as partes tenham protegidas as expectativas decorrentes das práticas reiteradas.

É por essa razão que a Súmula nº 85 do C. TST consagra o entendimento de que o acordo de compensação semanal de jornada pode ser encetado tacitamente. De fato, se o empregado labora algumas horas a mais na semana, e tem, em contrapartida, o repouso no sábado, ainda que nada esteja escrito no contrato de emprego, tem-se um acordo de compensação constituído pela prática das partes.

Trata-se, assim, de aplicação concreta do princípio da boa-fé no contrato de trabalho, especificamente na disciplina do acordo de compensação de horas.

Não é demasiado recordar que a própria Lei nº 13.467/2017 buscou aproximar o Direito do Trabalho do Direito Civil ao alterar a redação do § 1º do art. 8º da CLT, para prever que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”. Logo, não é possível admitir que tal aproximação se dê sem a utilização dos valores éticos que guiam a aplicação do Código Civil de 2002, conforme estudado acima.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO CONCESSÃO DAS FOLGAS DA ESCALA 12X36 PELO EMPREGADOR

Conforme desenvolvido ao longo deste estudo, a escala de trabalho de 12 horas alternadas por repouso de 36 horas, consiste em um acordo de compensação de horários.

De início, para sua validade, é essencial a autorização em acordo ou convenção coletiva de trabalho como exige expressamente o inciso XIII do art. 7º da Carta da República.

O sistema de compensação semanal preconizado na Súmula nº 85 do C. TST constitui exceção a essa regra, podendo ser encetado individualmente, por se tratar de uma condição mais benéfica ao trabalhador. Com efeito, o empregado obtém vantagem considerável no contrato – o repouso por dois dias seguidos – em troca das 04 horas de trabalho diluídas de segunda a sexta-feira.

Já os demais sistemas de compensação, notadamente o banco de horas e a escala 12x36 horas, apresentam regras mais complexas e submetem o trabalhador a condições de trabalho mais severas, de modo que, para a sua validade, tem-se a obrigatoriedade de autorização coletiva.

Assim, padecem de inconstitucionalidade material as regras da CLT incluídas pela Lei nº 13.467/2017 que autorizam sistemas de compensação acordados individualmente, ressalvado o acordo semanal, por constituir pacto benéfico ao empregado.

Destarte, inexistindo previsão em norma coletiva, o acordo de compensação de horários no regime de 12x36 horas é nulo, nos termos do art. 104, III, do Código Civil, por não atender à forma prescrita em lei.

Em havendo a autorização em acordo ou convenção coletiva, a sua aplicação no contrato de emprego pode se dar por previsão expressa no instrumento escrito ou por acordo verbal ou tácito, como examinado no tópico anterior.

Uma vez firmado o acordo para a jornada 12x36 horas, o empregado passa a ser obrigado a laborar por até 12 horas consecutivas, e o empregador a conceder, em contrapartida, o repouso de 36 horas. Se o trabalho excede o limite ajustado, o empregado se torna credor de horas extras.

Nesse ponto, contudo, o parágrafo único do art. 59-B da CLT, dispõe que “a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas”.

Tem-se com isso a pergunta central deste estudo: havendo o trabalho nos dias destinados à folga da escala, permanece eficaz o acordo de compensação de jornadas?

Pois bem. O dispositivo trazido pela Reforma Trabalhista não possui nenhum parâmetro objetivo que oriente a sua leitura pelo intérprete. Não obstante, como sói acontecer com qualquer norma jurídica, a sua aplicação deve ser balizada

pela razoabilidade e, como desenvolvido ao longo deste trabalho, pela boa-fé objetiva.

Se o empregado, por exemplo, ativa-se em todos os dias por 13 horas, não há dúvidas de que ele faz jus ao pagamento de 01 hora extra diária, o que constitui a prestação habitual de serviços extraordinários.

Contudo, essa habitualidade, por si, não descaracteriza o acordo de compensação de horas, por não atingir o seu núcleo com intensidade grave o bastante.

Há, nesse caso, portanto, a aplicação da nova norma jurídica trazida pela Lei nº 13.467/2017, que busca preservar a eficácia das convenções estabelecidas entre as partes no curso da relação de emprego, em linha com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da boa-fé.

Outra solução deve ser dada, todavia, quando as horas extras decorrem do labor nas folgas da escala de trabalho, isto é, no caso de o empregado realizar novo turno de trabalho de 12 horas, para o mesmo empregador, no período das 36 horas.

Nessa hipótese a essência do acordo de compensação de horas é violada pelo empregador. A principal obrigação devida pela empresa no pacto é contrariada de modo grave, o que obsta que o empregador, então, exija a contrapartida do empregado, na forma do art. 476 do Código Civil.

Cabe ser apontado que a doutrina abalizada já vem indicando que essa prática patronal viola a boa-fé objetiva. Podemos citar, nesse sentido:

A despeito do que dita o novo parágrafo único do art. 59, é certo que, nos termos do 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”. Caberá ao intérprete, pois, separar o joio do trigo. Se a realização habitual de horas extras revelar que a única ou principal “utilidade” do acordo de compensação de horas é a desoneração do empregador quanto à observância dos limites diários e/ou semanais de jornada, sem que haja qualquer benefício correspectivo para o trabalhador (que não obtém, com o acordo, qualquer previsibilidade de jornada, tornando-se enfim inócuos, para a gestão da sua vida privada, os horários de compensação), então o juiz terá diante de si um negócio jurídico praticado com o objetivo de fraudar os limites constitucionais do art. 7º, XIII, restando-lhe negar efeitos ao referido negócio, seja por força do referido art. 9º da CLT, seja por força do próprio art. 422 do Código Civil (c.c. art. 8º, § 1º, CLT), no que positiva o princípio da boa-fé objetiva (a obstar o *venire contra factum proprium*) (DIAS; FELICIANO; OLIVEIRA SILVA; TOLEDO FILHO, 2018, p. 65).

Por derradeiro, a Lei n. 13.467/2017 acresceu à CLT preceito (art. 59-B, parágrafo único) que contraria toda experiência jurídica, ao estatuir que “a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas”. Vale dizer: mesmo que o empregador contrate um limite de jornada e costumeiramente não o cumpra, a existência formal ou até tácita de um acordo de compensação fará devido o adicional, segundo a nova lei, apenas sobre as horas excedentes da quadragésima quarta hora semanal. É inevitável que se anote,

neste passo, o acintoso contraste entre essa regra legal e o princípio da boa-fé objetiva ou, em sua esteira, ao princípio da vedação de condutas contraditórias (*venire contra factum proprium*)” (LEITE DE CARVALHO, 2019, p. 304).

Conforme desenvolvido anteriormente, entendemos, respeitosamente, que o enquadramento da conduta do empregador entre os conceitos parcelares da boa-fé se dá na exceção do contrato não cumprido e não no *venire contra factum proprium*.

Isso porque a vedação ao comportamento contraditório exige a prática de uma ação concreta pela parte (o *factum proprium*), a criação da expectativa de cumprimento na parte adversária e a frustração dessa confiança com um comportamento posterior.

No caso da escala 12x36 horas, tem-se mostrado comum nos processos do trabalho situações em que, desde o início, o empregado habitualmente presta serviços nos dias de folga do regime, a despeito da existência formal do acordo de compensação.

Nesses casos verifica-se que o trabalhador, na realidade, sequer possui a expectativa de sempre usufruir do repouso alternado de 36 horas, tendo, ao contrário, a certeza de que laborará em turnos extras no decorrer dos meses.

É por tais razões que compreendemos não estarem atendidos todos os pressupostos do *venire contra factum proprium*, tais como elencados acima.

Por outro lado, há o perfeito enquadramento nos pressupostos da exceção do contrato não cumprido, porque o empregador descumpra a obrigação recíproca que lhe cabe no contrato bilateral e oneroso.

Acerca da gravidade do inadimplemento, que constitui o terceiro pressuposto estudado no capítulo próprio, tem-se a relevante distinção entre as horas extras prestadas diariamente sem a descaracterização do próprio acordo (como no exemplo do labor por 13 horas) e as horas extras decorrentes do exercício de um novo turno no intervalo de 36 horas, o que fere sensivelmente a obrigação do empregador.

Cabe repisar que é a empresa que frustra o pacto firmado ao exigir o labor em dias em que foi ajustada a concessão de folga. Ato contínuo, não pode o empregador, por um dever de coerência, exigir a outra parte no acordo.

Não obstante tais considerações, independentemente do conceito parcelar específico a ser invocado, não há dúvidas de que a conduta do empregador de exigir apenas a parte que o beneficia no acordo de compensação fere a boa-fé objetiva, por revelar conduta desleal, ímproba e desonesta.

Cabe registrar, ademais, que não se trata de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-B da CLT, nem de se lhe negar vigência, em possível violação ao entendimento da Súmula Vinculante nº 10 do E. STF.

Como amplamente abordado neste trabalho, esse dispositivo tem aplicação plena nos casos em que as horas extras, embora habituais, não violam a essência do pacto de compensação firmado, o qual pode ser aproveitado na maior parte, assegurando-se a remuneração do serviço extraordinário ao empregado.

Por outro lado, quando a prestação de labor em sobrejornada se dá de tal forma que o pacto é subvertido na sua razão

de ser, em especial no trabalho nos dias de folga da escala de 12x36 horas, é o próprio empregador que nega a eficácia do acordo ao não cumprir a sua parte na avença. Com isso, a ineficácia do acordo é apenas uma consequência do inadimplemento do empregador, tendo aplicação os limites normais da jornada de trabalho.

Portanto, é o princípio da boa-fé objetiva, como norteador das condutas em todos os ramos do Direito Privado, que impede que o empregador se beneficie da sua violação ao pacto compensatório firmado com o empregado.

6 CONCLUSÃO

O regime de trabalho desenvolvido na escala de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas consiste em uma das modalidades de acordo de compensação de jornadas admitidas pelo Direito do Trabalho, cuja validade depende da previsão em norma coletiva, em conformidade com o art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Como tal, a prestação de horas extras habituais, por si só, não invalida nem torna ineficaz esse pacto, de acordo com a disciplina do parágrafo único do art. 59-B da CLT.

Contudo, na hipótese de as horas extras habituais decorrerem do labor nas folgas previstas para a escala 12x36 horas, a conduta do empregador retira a eficácia do acordo, pois nega ao empregado o repouso que configura a contrapartida essencial do negócio jurídico.

Nessa linha, presente violação que contrarie a própria essência do acordo de compensação de horários, o empregado pode invocar a exceção do contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), porque o empregador não pode exigir a prestação de serviços para além de 08 horas se não cumpre a sua parte no contrato, consistente na concessão do repouso nos exatos termos constantes do pacto compensatório firmado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVEIRA SILVA, José Antônio Ribeiro de; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2018.
- GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª Ed. São Paulo: LTr, 2019.
- LEITE DE CARVALHO, Augusto César. **Direito do Trabalho: Curso e discurso**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2019.
- MONTEIRO, Marina Stella de Barros e MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros. **A causa dos contratos e a exceptio non adimpleti contractus**. Revista dos Tribunais. RT vol. 958. p. 99-117. Ago/2015.
- SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.

WILLIAN ALESSANDRO ROCHA

Graduado em Direito pela UCP - Faculdades do Centro do Paraná
 Pós-graduado em “Direito Processual Civil: a Práxis Jurídica após Reformas”, pela FACINTER
 Pós-graduado “Direito e Processo do Trabalho”, pelo CESUL
 Juiz do Trabalho Substituto do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

HOME OFFICE À LUZ DA LEI N. 13.467/2017

INTRODUÇÃO

Em tradução livre, *home office* significa “escritório em casa”. Ou seja, o trabalho realizado em casa. A CLT o nomeou de teletrabalho.

A CLT já continha previsão do trabalho em domicílio no artigo 6º, que, já na sua redação original, previa:

“Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

A redação do referido dispositivo legal foi alterada em 2011 pela Lei n. 12.551 para incluir a previsão de que os meios telemáticos e informatizados se equiparam aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão.

O texto legal passou a ter a seguinte redação, cujos termos permanecem atuais:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O tema, contudo, teve importantes novidades com a Lei n. 13.467/2017 (batizada de Reforma Trabalhista), que tratou especificamente do teletrabalho nos artigos 75-A a 75-E da CLT.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Em termos legais, a CLT considera “teletrabalho a prestação de serviços *preponderantemente fora das dependências do empregador*, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, *não se constituam como trabalho externo*” (artigo 75-B).

Do conceito legal, pode-se inferir que para que se enquadre o empregado na figura do teletrabalhador não é necessário que o trabalho se dê exclusivamente fora das dependências do empregador, bastando que se dê *preponderantemente* nestas condições.

Ou seja, o fato de o empregado comparecer à sede física do empregador em alguns momentos e lá prestar os serviços não desnatura a condição de *home office*, desde que, de forma preponderante o trabalho se dê em casa (ou, ainda, em outro local distinto do fornecido pelo empregador). O parágrafo

único do artigo 75-B da CLT explicita esta situação.

De outro lado, o fato de o empregado eventualmente trabalhar em seu domicílio não induz à conclusão de que ele é teletrabalhador, pois nesta situação não houve trabalho de forma *preponderante* fora dos domínios do empregador.

Outro elemento importante do conceito é a utilização de *tecnologia de informação ou de comunicação*. Ou seja, é o fato de o empregado utilizar sua residência (ou outro local, desde que fora dos domínios do empregador) para trabalho aproveitando-se dos benefícios que o avanço tecnológico proporcionou, tais como computadores, *laptops* e outros equipamentos.

Não se enquadraria, portanto, no conceito de teletrabalhador de que trata o Capítulo II-A do Título II da CLT o trabalhador que exerça atividades braçais no âmbito de sua residência.

Do mesmo modo, o equipamento de informação ou de comunicação não pode ser daqueles, que por sua natureza, se constituam em trabalho externo, a exemplo dos celulares e *palm-top’s* utilizados pelos vendedores externos, que também não se incluem no conceito legal de teletrabalho.

Assim, pode-se conceituar *home office* como “*organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção de objetivos contratuais do empreendimento*” (Luciano Martinez).

O contrato de teletrabalho pode ser considerado formal, pois o artigo 75-C da CLT se refere a ajuste expresso desta modalidade no contrato individual de trabalho, sendo prevista no § 1º a possibilidade de alteração entre regime presencial e de teletrabalho, mediante registro em aditivo contratual, dando a ideia de que deve ser encetado por escrito.

Além disso, o artigo 75-D faz expressa referência a contrato escrito.

Ao meu sentir, ante o princípio da primazia da realidade, tão caro ao Direito do Trabalho, não se trata de formalidade *ad solemnitatem* (ou seja, essencial à validade do contrato), mas sim de forma *ad probationem* (isto é, a formalidade é exigida para fins de prova).

Desse modo, ainda que as partes não entabulem o contrato por escrito, havendo outros elementos de prova, suficientes a demonstrar o negócio jurídico (confissão, por exemplo), é possível considerar o ajuste para a realização de teletrabalho.

Outra questão tratada pela lei é a possibilidade de alteração do regime de presencial para teletrabalho e vice-versa.

Reza o § 1º do artigo 75-C que “*Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual*”.

Já o § 2º do mesmo artigo prevê que o empregador poderá, unilateralmente, determinar o retorno do trabalhador ao regime presencial, assegurando-se ao empregado um tempo de transição mínimo de quinze dias.

Assim, para que o empregador altere o regime de trabalho para o *home office* é indispensável a anuência do empregado, ao passo que na situação inversa (teletrabalho para presencial) o empregador pode, no exercício do *jus variandi*, alterar a condição de trabalho independentemente da vontade do empregado.

A lei presume, portanto, que o regime presencial é mais benéfico ao empregado. O que não necessariamente é verdadeiro.

Pode ocorrer, por exemplo, de o empregado ter necessidade de estar em sua casa em tempo integral em razão de cuidados com os filhos ou mesmo com pais idosos, sendo que a alteração para o regime presencial pode inclusive inviabilizar a continuidade da prestação dos serviços, em detrimento ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Outra situação que se vislumbra é a reversão para o regime presencial com intuito punitivo por parte do empregador, o que não é o intuito da nova legislação.

Assim, a despeito da previsão legal, cabe ao intérprete, diante do caso concreto, utilizar de técnicas de *defeasibility* para afastar a aplicação da lei quando ela se mostrar injusta e desarrazoada, desatendo aos fins sociais a que se destina (LINDB, artigo 5º).

Sobre a superação da regra, ensina Humberto Ávila:

A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige. Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. Com efeito, as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para eliminar ou reduzir a controvérsia, a incerteza e a arbitrariedade e evitar problemas de coordenação, de deliberação e de conhecimento. Sendo assim, a superação das regras exige a demonstração de que o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, nem pela grande falta de coordenação, pelos altos custos de deliberação ou por graves problemas de conhecimento. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral.

O afastamento da regra, em casos de alteração arbitrária do contrato de trabalho, não causa expressiva insegurança jurídica, pois não se tolera o abuso de direito, de modo que não se pode resguardar ao empregador que abusa do seu *jus variandi* a prerrogativa de alterar significativamente as condições de trabalho sem justificativas plausíveis.

Logo, em se verificando que o empregador alterou, de

modo arbitrário e prejudicial ao trabalhador, sem justificativa plausível, o regime de trabalho de *home office* para presencial, afastando-se do escopo da norma legal, ainda que a lei autorize a alteração unilateral nesta hipótese, é possível ao judiciário anular a alteração do contrato de trabalho, por considerá-la ilícita (artigo 468 da CLT), determinando o retorno do empregado ao teletrabalho.

Na mesma linha teórica, é a contribuição de Manoel Carlos Toledo Filho:

Nada obstante, tal exercício unilateral do poder de comando patronal somente fará sentido quando se encontre satisfatoriamente escorado em razões de ordem fática organizacional, sob pena de cometimento de ato ilícito na modalidade de abuso de direito (Código Civil, artigo 187), passível, por conseguinte, de correção pela via judicial.

VANTAGENS E DESVANTAGENS DO HOME OFFICE

Como benefícios aos empregados, proporcionados pelo teletrabalho, pode-se citar a (i) melhoria na qualidade de vida, (ii) redução dos riscos de acidente de trajeto; (iii) eliminação (ou, ao menos, redução) do tempo despendido diariamente com o trânsito; (iv) redução do impacto ambiental; (v) melhoria da mobilidade urbana.

Há melhoria na qualidade de vida dos empregados submetidos ao teletrabalho, na medida em que eles podem organizar melhor a sua rotina de trabalho, tendo melhores condições de conciliar as suas atividades pessoais (lazer, compromissos familiares, educação, dentre outras) com as atividades profissionais, já que tendem a ter maior flexibilidade no cumprimento de horários de trabalho.

Outrossim, ao não se deslocar diariamente da residência ao local de trabalho, o teletrabalhador não se submete aos riscos do deslocamento, reduzindo as chances de acidente de trajeto.

Igualmente, ao não precisar se deslocar diariamente da casa para o trabalho e vice-versa, o empregado tem mais tempo livre para se dedicar a outras atividades.

De igual modo, a desnecessidade de deslocamento diário reduz os impactos ambientais provocados pelo consumo de combustível.

Além disso, o teletrabalho contribui para o descongestionamento do trânsito de veículos, problema recorrente nas grandes cidades, facilitando a mobilidade urbana.

Por outro lado, a par desses benefícios, o instituto suscita preocupações dos juslaboralistas em diversos aspectos, pois a sua inserção desmedida pode precarizar as relações de trabalho.

Pondera o Ministro do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, Augusto César Leite de Carvalho que:

“se é certo que o labor em domicílio pode concorrer para uma maior liberdade de o trabalhador definir o seu horário de trabalho, também o é que a rotina empresarial se transfere para o ambiente doméstico, podendo virtualmente contaminar as relações de família e promover alguma porosidade entre o tempo de trabalho e o tempo de lazer”.

Acrescente-se que, ao trabalhar em sua própria residência, o empregado acaba se isolando, o que dificulta o associativismo e enfraquece a luta de classes e a atuação sindical, sendo sabido que a atuação coletiva dos empregados historicamente é fonte de inúmeras conquistas sociais.

Neste sentido, ensina o citado Ministro que:

“Talvez o prejuízo maior para o trabalhador, quando atua a distância de quem o contrata, seja o fato de afastar-se de outros trabalhadores que vivenciam a mesma angústia ou quiçá a mesma satisfação com as condições de trabalho. (...) o labor no antigo chão da fábrica é ilustrativo de como a aproximação física de empregados os fez mais fortes historicamente, na organização de movimentos reivindicatórios e na prática do associativismo, assim em benefício de um habitat laboral mais justo e solidário”.

Além disso, ao não ser submetido ao controle de jornada (artigo 62, III, da CLT), corre-se o risco de o empregador exigir do empregado volume muito alto de trabalho, o que, combinado com o pagamento por produção, pode estimular o teletrabalhador a se submeter a longas jornadas de trabalho, em prejuízo ao seu convívio social e familiar, com aumento dos riscos à sua saúde.

De igual modo, o trabalho em casa dificulta a ação da fiscalização do trabalho, seja em função da “diluição” dos postos de trabalho, seja em função do direito constitucional à inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, da CRFB).

Outrossim, o empregador pode deslocar a sua sede física para um local onde as normas trabalhistas são menos protetivas, reduzindo seus custos com o trabalho humano.

A esse expediente chama-se fenômeno da “deslocalização” da empresa. O tema, dada a sua relevância, será tratado de modo mais profundo em capítulo próprio.

RESPONSABILIDADE PELO CUSTEIO DOS EQUIPAMENTOS DE TRABALHO REMOTO

Nos termos da CLT, “As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito” (artigo 75-D).

A despeito de o dispositivo legal deixar às partes o estabelecimento da responsabilidade pelos custos dos equipamentos de trabalho, deve-se interpretá-lo em conformidade com os princípios do direito do trabalho, mormente o da alteridade (que determina a assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador) e o da proteção, cabendo a lembrança de que o empregado, seja presencial ou teletrabalhador, é a parte mais frágil da relação empregatícia, não podendo negociar em igualdade de condições com o empregador.

A propósito, acentua o Ministro Augusto César Leite de Carvalho:

“Em se tratando de contrato assimétrico, que o mais das vezes se apresenta como contrato de adesão, aguarda-se que

o empregador dite as regras do teletrabalho, como se tudo se modificasse para que continuássemos onde estávamos”.

No mesmo sentido, Manoel Carlos Toledo Filho:

“Logo, o dispositivo ora em comento somente pode ser interpretado no sentido de que, a rigor, todas as despesas referentes à aquisição, uso ou manutenção dos equipamentos necessários à consecução do trabalho correm sob responsabilidade patronal”.

Assim, o contrato não poderá fixar a responsabilidade por todas as despesas a cargo do empregado, pois se estaria transferindo ao empregado os custos da atividade econômica.

Com isso, não se quer dizer que o empregado não possa utilizar o seu próprio computador (ou outro equipamento eletrônico) para a prestação dos serviços, desde que para o exercício do seu trabalho não seja necessário nenhum investimento adicional.

Se, por exemplo, for necessária a instalação de programas específicos no equipamento, os eventuais custos desta tarefa serão necessariamente custeados pelo empregador.

A propósito, o próprio parágrafo único do artigo 75-D prevê que “as utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado”, o que indica que a intenção do legislador foi a de fixar a responsabilidade dos custos decorrentes do exercício do teletrabalho a cargo do empregador. Do contrário, não os teria chamado de utilidade, que, como se sabe, é o fornecimento de bens ou equipamentos pelo empregador ao empregado.

SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

O artigo 75-E prevê que o empregador deve instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quando às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes do trabalho, prevendo o parágrafo único que o empregado deve assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

O dispositivo legal, todavia, deve ser interpretado à luz do artigo 7º, XXII, da CRFB, que garante aos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assim, não basta que o empregador simplesmente instrua o empregado, no ato da sua contratação, quanto às precauções a ser tomadas, sendo imprescindível que o empregador acompanhe o efetivo cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho, nos termos do artigo 157, I, da CLT, também aplicável ao teletrabalho, por força do artigo 6º da CLT e, ainda, em razão do dispositivo constitucional acima referido.

Afirmar que o artigo 75-E da CLT é exceção ao artigo 6º da mesma consolidação importa em interpretação em desconformidade com a Constituição, pois se estaria aumentando (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho.

A propósito, pondera Luciano Martinez que “apesar da distância naturalmente existente entre o empregador e teletrabalhador, a responsabilidade patronal pela sanidade ocupacional permanece exigível”.

Com isso, não se quer dizer que o empregador possa adentrar a residência do empregado sem a concordância deste (o direito à inviolabilidade domiciliar também tem estatura constitucional – artigo 5º, XI).

O que se quer dizer é que é dever do empregador acompanhar as condições de trabalho, tais como mobília, iluminação e ventilação, podendo solicitar periodicamente ao empregado informações quanto às condições dos equipamentos, fazendo a adequação quando estiverem em desconformidade com as normas de segurança e saúde do trabalho.

De igual modo, deve o empregador, na medida do possível, instruir e acompanhar as pausas eventualmente necessárias durante a realização dos serviços, a exemplo dos empregados que trabalham com digitação (NR 17, item 17.6.4, alínea “d”).

Sobre o assunto, veja-se a contribuição de Denise Fincato:

“No entanto, este dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva à relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como deva se precaver dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros”.

Situação interessante é a possibilidade de acidente no âmbito doméstico. Para a sua caracterização como acidente de trabalho, nos termos dos artigos 19 a 21 da Lei n. 8.213/91, é indispensável a análise do caso concreto, pois o mesmo ambiente é utilizado como local de trabalho e como residência.

Se, por exemplo, o empregado contrai doença na coluna em razão da inadequação do mobiliário utilizado (fornecido ou não pelo empregador, pois é sua obrigação, como dito acima, o fornecimento dos equipamentos de trabalho), constatado em exame pericial o nexo causal entre a utilização de mobília ergonomicamente incorreta e a lesão, ao meu sentir, não há dúvida de que se estaria diante de acidente de trabalho atípico, cabendo ao empregador indenizar os prejuízos materiais e imateriais daí decorrentes.

Por outro lado, se o empregado, em uma pausa durante o trabalho, se desloca à cozinha da sua casa para beber água e, ao pegar o copo no armário, derruba um prato em sua cabeça, causando-lhe ferimentos, não estará caracterizado o acidente de trabalho, pois não há nenhum nexo causal entre o trabalho e a lesão.

Além do mais, o empregador nada podia fazer para evitar o acidente, pois não tem o dever (e tampouco o direito) de cuidar da cozinha da casa do seu empregado.

JORNADA DE TRABALHO

A Lei n. 13.467/2017 incluiu o inciso III no artigo 62 da CLT, afastando a aplicação do capítulo referente à duração do trabalho aos empregados em regime de teletrabalho.

Assim, pela disposição legal, os teletrabalhadores não fazem jus ao recebimento de horas extras.

A questão, todavia, é polêmica, havendo quem defenda a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por ofensa ao artigo 7º, XIII, XV e XVI da CRFB.

Com efeito, a Constituição da República garante aos empregados duração do trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, assim como descanso semanal remunerado e remuneração do labor extraordinário com acréscimo de no mínimo 50% ao valor da hora normal.

E o inciso III, acrescido pela Reforma Trabalhista ao artigo 62 da CLT, diferentemente dos outros dois incisos, não se reveste de proporcionalidade para afastar os dispositivos relacionados à jornada de trabalho às relações de teletrabalho.

Isso porque, ao contrário do que ocorre com os trabalhadores externos e os detentores de cargo de gestão, não há incompatibilidade entre o teletrabalho e o controle de jornada.

Ao contrário, no regime de teletrabalho, como o empregado está virtualmente presente no estabelecimento empresarial, é possível ao empregador controlar a jornada, o fazendo pelos meios telemáticos, como controle de acesso aos sistemas corporativos (controle de *logon* e *logoff*, assim como o controle de inatividade da sessão).

Sobre o assunto, pondera Homero Batista Mateus da Silva:

“O ponto central da discussão é saber, afinal, se o teletrabalho é ou não é incompatível com o controle de jornada, ou seja, se está ou não ao alcance do empregador mensurar a produção e a atividade do empregado”.

Acrescenta o Juiz do Trabalho paulistano que:

“Havendo meios acessíveis de controle de jornada, por unidade de produção, por fiscalização direta, por meios eletrônicos, não se deve impressionar com o fato de o trabalho ser realizado à distância, em dependências estranhas ao empregados”.

E conclui que “o art. 62, III, merece a mesma interpretação restritiva, dada a excepcionalidade, dos demais incisos, quer dizer, o teletrabalho somente retira o direito às horas extras e congêneres se for incompatível com o controle de jornada”.

No mesmo sentido é o pensamento de Henrique Correa:

Caso comprovado que o empregador tinha condições efetivas de controlar e fiscalizar o trabalho realizado pelo empregado, pela utilização dos meios informatizados, como e-mails, whatsapp, facebook, GPS, telefones, entre outros, é plenamente possível o controle da jornada de trabalho do empregado por aplicação do princípio da primazia da realidade. Não haveria, portanto, justificativa para a exclusão desses trabalhadores da jornada de trabalho, tendo direito à jornada limitada de 8 horas diárias e 44 horas

semanais e ao recebimento dos adicionais de horas extras, intervalos e adicional noturno.

Portanto, pode-se afirmar que, a despeito do artigo 62, III, da CRFB, se constatado ser possível ao empregador controlar a jornada do empregado, fará este jus ao recebimento de horas extras, se prestadas.

Entender de modo diverso seria estimular os empregadores a exigir dos empregados volume de trabalho sabidamente superior ao atingível em oito horas diárias, cientes de que não precisarão pagar mais pelo excesso de trabalho.

O FENÔMENO DA “DESLOCALIZAÇÃO” DA EMPRESA. ANALOGIA COM OS TRABALHADORES DA NAVEGAÇÃO

Como visto alhures, o *home office* é objeto de preocupação pela doutrina em diversos fatores, ressaltando aqui o fenômeno da “deslocalização” da empresa, pelo qual esta altera o local de seu estabelecimento, mudando para outra região com menos proteção trabalhista, com vistas à redução dos custos sociais.

Concomitantemente à mudança de domicílio, a empresa dispensa seus empregados presenciais e contrata novos empregados pelo regime de teletrabalho (quicá da mesma região de origem), os quais, independentemente do seu domicílio, estarão vinculados às normas coletivas vigentes no novo local de domicílio da empregadora, já que o empregado estará virtualmente presente e vinculado ao estabelecimento da empresa.

Assim, hipoteticamente, o empregador pode fechar uma unidade em um local cujas normas coletivas aplicáveis preveem diversos direitos aos trabalhadores e piso salarial de R\$3.500,00, e abrir nova unidade em outro local, onde as normas coletivas não preveem os mesmos direitos e o piso salarial é de apenas R\$1.100,00, contratando teletrabalhadores da região primitiva, mas que, por estarem virtualmente vinculados à sede da empresa, estariam submetidos ao regime das normas coletivas daquele local, e não as do local da sua residência.

Há evidente redução de custos.

Trata-se de manobra que busca aumentar a competitividade empresarial à custa da redução de direitos trabalhistas, em notório retrocesso social, o que configura *dumping social*.

Não se duvida que dita manobra é uma fraude aos direitos trabalhistas, invocando a aplicação do disposto no artigo 9º da CLT, *in verbis*:

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

Convém assentar que o Direito do Trabalho já convive com situação similar na seara dos empregados em empresas de navegação e de transporte aéreo internacional, sendo que a solução jurídica adotada naqueles casos pode ser emprestada para solucionar o caso de *dumping social* acima exposto.

Antes, relembre-se o postulado de que para situações similares se aplica a mesma razão jurídica.

A legislação aplicável aos trabalhadores em navios mercantes é a do país do pavilhão, nos termos dos artigos 274,

279 e 281 do Código de Bustamante, abaixo transcritos:

Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão do registro, e tem a bandeira como signal distintivo aparente.

Art. 279. Sujeitam-se também á lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietarios e armadores pelos seus actos.

Art. 281. As obrigações dos officiaes e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se á lei do pavilhão.

Todavia, diante da regra de direito internacional privado, algumas empresas, visando reduzir seus custos sociais, embora realizem seus negócios preponderantemente no país da sede, abrem filiais em países com pouca ou nenhuma proteção social e registram seus navios nestes países.

A essa prática de *dumping social* a doutrina deu o nome de *Bandeira de conveniência* (ou bandeira de favor).

Sobre as bandeiras de conveniência ensina José Carlos de Carvalho Filho que:

“As bandeiras de conveniência nascem como forma de burlar regras que possam burocratizar o transporte garantindo a agilidade que os armadores e proprietários das embarcações necessitam quando se trata de comércio exterior. Atrelada a essa questão estão às condições subumanas que os tripulantes são expostos já que não há regras que previnam que maus tratos sejam evitados e a eles sejam garantidos direitos e deveres como qualquer outro trabalhador”.

Em situações deste jaez, em busca de evitar que a fraude perpetrada pelo empregador alcance seus objetivos, a doutrina criou a *teoria do centro de gravidade*, afastando-se a aplicação da lei do pavilhão e determinando-se a aplicação da legislação do país onde o empregador realiza as suas atividades empresariais, de modo preponderante.

Sobre o assunto, cita-se a contribuição de Fabiano Coelho de Souza:

“Na realidade, o empregador do trabalhador marítimo é o armador, e não o navio. Não bastasse, ocorre do armador eleger seu centro principal de negócios localidade diversa do registro da embarcação. Nestas situações, a lei do pavilhão deve ser relativizada, de modo a aproximar a situação com a regra geral da territorialidade, definindo a regência normativa do contrato pelas leis do local em que o empregado fica habitualmente à disposição do empregador antes ou depois da realização das viagens.

Caso esteja evidenciada a intenção fraudulenta, a questão resolve-se pelo art. 9º da CLT, a impedir a frustração dos direitos trabalhistas conferidos ao empregado brasileiro, aplicando-se a legislação nacional. É o que ocorre para as situações de ‘bandeiras de favor’, amplamente denunciadas no Direito Marítimo, prática pela qual o navio é registrado intencionalmente num determinado país em razão de legislação mais permissiva a uma determinada conduta (geralmente considerada irregular nas legislações nacionais), pretendida pelo empresário”.

A tese do centro de gravidade também já foi adotada em julgado do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme ementa abaixo transcrita:

TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 1. O princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, most significant relationship, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina “válvula de escape”, dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira. Processo: ED-RR - 12700-42.2006.5.02.0446 Data de Julgamento: 06/05/2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009.

A solução apresentada para os casos de trabalhadores em navios mercantes pode perfeitamente ser aplicada para os casos de empregadores que alteram o local do seu estabelecimento empresarial para região com normas coletivas menos protetivas, contratando empregados em regime de teletrabalho, para o fim de vincular as relações de trabalho às normas autônomas vigentes no local onde a empresa de fato centraliza os seus negócios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste breve artigo buscou-se trazer as questões relativas ao *home office*, analisando-se as disposições da CLT incluídas pela Lei da Reforma Trabalhista.

Observou-se que o teletrabalho é a realização de atividades laborais longe do ambiente físico do empregador, com utilização de equipamentos tecnológicos que possibilitam ao trabalhador estar *virtualmente presente* no estabelecimento empresarial, embora ausente fisicamente.

Analisou-se a questão afeta à possibilidade de alteração do regime de trabalho presencial para teletrabalho e vice-versa, observando que para a primeira situação é imprescindível o mútuo acordo, ao passo que na hipótese inversa é possível, em regra, a alteração de forma unilateral pelo empregador, desde que justificada por elementos ligados ao poder diretivo patronal, não podendo ocorrer nos casos de abuso de direito.

Viu-se, também, que a lei delega às partes a disposição quanto aos custos dos equipamentos, devendo, todavia, ser interpretada à luz dos princípios da alteridade e da proteção ao trabalhador, de modo que não pode o empregador transferir os custos da sua atividade econômica para o empregado.

Tratou-se, ainda, da questão relativa à saúde e segurança do trabalho, propondo-se uma interpretação conforme à Constituição para o fim de determinar que o empregador deve não somente instruir o empregado a respeito das medidas de segurança e medicina do trabalho, mas também acompanhar

o atendimento das normas afetas ao tema, respeitando, contudo, o direito do empregado à inviolabilidade domiciliar.

Além disso, discutiu-se o tema relativo ao controle de jornada, propondo-se uma leitura restritiva do artigo 62, III, da CLT, para que as disposições relativas à duração do trabalho somente sejam afastadas quando o trabalho à distância for incompatível com o controle de jornada.

Por fim, tratou-se do instigante tema relativo ao fenômeno da “deslocalização” da empresa como instrumento de *dumping social*, propondo-se a aplicação da Teoria do Centro de Gravidade (de origem no fenômeno da bandeira de conveniência nas relações jurídicas envolvendo embarcações mercantes) aos casos de alteração fraudulenta do domicílio empresarial, com vistas a evitar a precarização do trabalho humano.

O tema é incipiente e certamente merece maiores reflexões e contribuições da doutrina trabalhista.

BIBLIOGRAFIA:

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 18 ed. rev e atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito do trabalho: curso e discurso / Augusto César Leite de Carvalho. – 2 ed. – São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil unido à OIT e ITF no controle das bandeiras de conveniência. *In Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8178. Acesso em 01/03/2019.

CORREIA, Henrique. Direito do trabalho – 4 ed. Editora Jus Podivm – Bahia, 2018.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. *In Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. V. 8 – n. 75 – fevereiro/2019.

MARTINEZ, Luciano. Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada – São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista – 2 ed. ver. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Fabiano Coelho de. Lei do pavilhão e princípio do centro da gravidade. *In Magistrado Trabalhista*. Disponível em <http://www.magistradotrabalhista.com.br/2015/11/lei-do-pavilhao-e-principio-do-centro.html>. Acesso em 01/03/2019.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado. *In Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. V. 8 – n. 75 – fevereiro/2019.

ACÓRDÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1000154-87.2018.5.02.0034
PROCESSO JUDICIAL ELE TRÔNICO
RECURSO ORDINÁRIO DA 34ª VT DE SÃO PAULO/SP
RECORRENTE: UNIÃO
RECORRIDA: SERCOM LTDA.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. QUOTA. O arcabouço normativo que visa estabelecer mecanismos que assegurem às pessoas com deficiência a inserção no mercado de trabalho está consignado na Constituição Federal, em Tratados e Convenções Internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional e, portanto, com densidade normativa constitucional, e em diversas normas legais e infralegais. O objetivo de tais normas é promover a equidade entre as pessoas, por meio de ações de inclusão social e de tratamento diferenciado, com a finalidade última de se conferir concreção ao princípio da igualdade substancial sufragada no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Cuida-se de feixe normativo cujo conteúdo axiológico, superando o viés assistencialista, busca o implemento de políticas públicas que garantam ao indivíduo com deficiência o pleno exercício da cidadania como forma de conferir proteção à sua dignidade. E, para tanto, a empresa é chamada a cumprir a sua função social, constitucionalmente prevista, e agir como agente transformador da sociedade, o que só é alcançado quando alia seus interesses econômicos com os princípios preconizados pela Constituição Federal relacionados com a solidariedade, a justiça social, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Inconformada com os termos da r. sentença (ID 78378a1), complementada pela de ID 8f935ae, que julgou Procedente a ação anulatória, recorre ordinariamente a União com as razões expressas no ID f415241, em que se insurge quanto ao decidido acerca de cancelamento do débito fiscal. Tempestividade observada. Contrarrazões expressas no ID 4ed2c23.

O Parecer do D. Representante do Ministério Público está no ID bf2ca1c e é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Apesar de a r. sentença não ter determinado o reexame necessário, considerando-se que consta no polo passivo um ente público e dependente de liquidação o valor executado, há recurso “ex officio”, sendo conhecido, nos termos do artigo 475, §2º, do CPC.

Proceda-se à retificação da autuação do feito para constar também o recurso “ex officio”.

Conhece-se dos recursos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

AUTO DE INFRAÇÃO

A autora ajuizou ação anulatória objetivando o cancelamento do auto de infração nº **203.360.931**, decorrente da falta de preenchimento de cargos com pessoas com deficiência, nos termos do artigo 93, da Lei nº 8.213/91.

Afirmou na inicial que se esforça em atingir a quota de em-

pregabilidade estabelecida, mas que em razão da distância da empresa e da dificuldade de acesso não logra obter a contratação dos profissionais no número exigido por lei.

A Origem julgou procedente a ação.

O artigo 93, da Lei 8.213/91, estabelece que:

“A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados.....2% II - de 201 a 500..... 3% III - de 501 a 1.000..... 4% IV - de 1.001 em diante..... 5%”

A lavratura do auto de infração é obrigatória em toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal, conforme dispõe o artigo 628, da CLT.

A exceção a tal regra seria a dupla visita prevista no artigo 627, da CLT, mas no caso concreto não restou caracterizada a hipótese de sua incidência.

O aludido auto de infração demonstra que o Auditor-Fiscal do Trabalho motivou a autuação com menção aos pressupostos de fato e de direito, ao referir que a empresa apesar de diversas vezes notificada não comprovou em 16/04/2014 possuir ou ter contratado pessoas com deficiência ou reabilitadas (246).

O Auditor-Fiscal do Trabalho goza, no exercício da função, de presunção de legitimidade de seus atos, o que só poderá ser elidido mediante prova robusta, cabendo à autora o ônus de demonstrar que o ato praticado pelo agente público padece de irregularidade, o que não restou demonstrado.

O arcabouço normativo que visa estabelecer mecanismos que assegurem às pessoas com deficiência a inserção no mercado de trabalho está consignado na Constituição Federal, em Tratados e Convenções Internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional e, portanto, com densidade normativa constitucional, e em diversas normas legais e infralegais.

O objetivo de tais normas é promover a equidade entre as pessoas, por meio de ações de inclusão social e de tratamento diferenciado, com a finalidade última de se conferir concreção ao princípio da igualdade substancial sufragada no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Cuida-se de feixe normativo cujo conteúdo axiológico, superando o viés assistencialista, busca o implemento de políticas públicas que garantam ao indivíduo com deficiência o pleno exercício da cidadania como forma de conferir proteção à sua dignidade.

E, para tanto, a empresa é chamada a cumprir a sua função social, constitucionalmente prevista, e agir como agente transformador da sociedade, o que só é alcançado quando alia seus interesses econômicos com os princípios preconizados pela Constituição Federal relacionados com a solidariedade, a justiça social, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A alegação da autora quanto à dificuldade para contratar o número necessário de empregados com deficiência, não tem o condão de afastar a multa aplicada pelo descumprimento da lei, tendo em vista que se trata de dificuldade superável,

eis que há inúmeras empresas que já cumpriram o comando legal e também por ser de conhecimento público a existência de entidades que promovem a capacitação de trabalhadores com deficiência.

Acresça-se que a legislação já é antiga e guarda consonância com tratados internacionais de relevância constitucional assegurada.

Conclui-se, pois, que a autora não cumpriu o disposto no artigo 93, da Lei 8.213/91, com preenchimento de 5% de seus cargos com pessoas com deficiência. E mais. Não se vislumbra qualquer irregularidade no procedimento de autuação efetuado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho.

Diante do exposto, reforma-se para julgar Improcedente a ação anulatória de débito.

Reforma-se.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Versando a lide sobre matéria que não decorre de relação de emprego e sendo a autora sucumbente no objeto da ação, revelam-se devidos os honorários advocatícios à parte contrária no montante de 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC e Súmula 219, do C. TST.

ANTE O EXPOSTO, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: CONHECER dos recursos interpostos e DAR PROVIMENTO ao recurso da reclamada e ao *ex officio* para afastar a anulação do auto de infração e julgar a ação IMPROCEDENTE. Custas, pela autora, no importe de R\$ 6.106,25, calculadas sobre R\$ 305.312,56. Honorários advocatícios à parte contrária no montante de 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC e Súmula 219, do C. TST. Proceda-se à retificação da autuação do feito para constar também o recurso “ex officio”.

ALVARO ALVES NÔGA

Relator

PROCESSO TRT/SP No 0001033-70.2010.5.02.0009
PROCESSO JUDICIAL ELE TRÔNICO
AGRAVO DE PETIÇÃO DA 09ª VT DE SÃO PAULO/SP
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
AGRAVADOS: OTTO BAUMGART INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A.

ROLF GUSTAVO ROBERTO BAUMGART

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. DEVER DE OBSERVÂNCIA. Cumpre ao empregador que firmou o termo de ajuste de conduta implementar as obrigações assumidas em consonância com as alterações legislativas porventura existentes no hiato entre a assinatura do ajuste e o efetivo implemento da obrigação, sob pena de ser beneficiado pela inércia e pelo decurso do tempo em detrimento da higidez física e mental dos trabalhadores. Frise-se que o arcabouço normativo que visa estabelecer mecanismos que assegurem aos empregados um ambiente de trabalho idôneo e seguro está previsto não só em normas regulamentadoras e legislação esparsa, mas notadamente está assegurado pela Constituição Federal no artigo 7º, incisos XXII e XXIII e no artigo 5º que eleva a dignidade da pessoa humana a preceito fundamental no Estado Democrático de Direito.

Inconformado com os termos da r. decisão de fls. 360/361, que julgou Procedentes os Embargos à Execução, agrava de petição o autor com as razões expressas às fls. 566/575, em que, em preliminar suscita negativa de prestação jurisdicional; no mérito se insurge quanto ao decidido acerca de cumprimento do termo de ajuste de conduta. Tempestividade observada. Contraminuta às fls. 578/581.

O D. Representante do Ministério Público se manifestou às fls. 589/590.

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita o recorrente nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Assevera que mesmo instado, por meio de embargos de declaratórios, o Juízo não enfrentou todos os pontos suscitados nos embargos à execução relativamente ao não cumprimento de todos os itens do Termo de Ajuste de Conduta.

A análise da r. decisão evidencia que não houve negativa de prestação jurisdicional.

A r. sentença está fundamentada e arrima a improcedência do pedido no fato de os itens constantes do TAC possuírem conteúdo aberto e não específico, bem como que o autor vindica o cumprimento de tais itens em conformidade com a legislação atual que não estava vigente à época do Ajuste.

O acerto ou não da r. decisão é questão de mérito e será adiante analisada.

Rejeita-se.

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – DESCUMPRIMENTO
Insurge-se o autor quanto ao decidido acerca de ausência de cumprimento do Termo de Ajuste de Conduta e Procedência dos Embargos à Execução.

Alega que as provas técnicas realizadas concluem pelo não cumprimento em sua totalidade do Termo de Ajuste de Conduta firmado há mais de 20 anos e cujo cumprimento tem sido objeto de fiscalização atuante do Ministério Público do Trabalho.

Sustenta que ao contrário do que entendeu a Origem os termos de ajustes de conduta não possuem prazo determinado para seu cumprimento e a observância dos itens acordados deve se alinhar com eventuais alterações legislativas de modo a serem observadas normas de higiene e segurança de trabalho vigentes.

O Termo de Ajuste de Conduta objeto da presente execução foi firmado em 06/10/98 (doc. 3, do volume de documentos do autor) e nele foram consignados 14 itens para cumprimento.

A documentação colacionada evidencia que até o ano de 2000 houve fiscalização e acompanhamento no cumprimento das obrigações assumidas pela empresa através de atuação do D. Ministério Público Estadual.

Em 2004, o procedimento administrativo foi enviado ao Ministério Público do Trabalho em razão de alteração de competência (fls. 48, do volume de documentos do autor).

Em 2006, foi elaborado relatório circunstanciado para prosseguimento do procedimento (doc. 6, do volume de documentos do autor).

Na sequência, foram elaborados pareceres técnicos e a presente ação foi ajuizada em 2010.

Em razão do decurso do tempo entre a data em que foi firmado o Termo de Ajuste e o início da execução, a Origem determinou a realização de perícias por realizadas por Perito Médico e Engenheiro do Trabalho para averiguação das atuais condições de trabalho na recorrida (fls. 179/180).

O laudo elaborado pelo Sr. Perito Engenheiro (fls. 213/241) apresenta no item IV um “quadro de avaliação de atendimento ao TAC” em que se consignou em síntese que o TAC foi parcialmente atendido.

O Perito aponta como parcialmente atendidos os itens 04 e o subitem 14.4 e como não atendido o item 13.

Os demais itens foram considerados pelo Perito como atendidos (fls. 225-v. e 226).

O item 04 diz respeito às instalações elétricas. Justifica o Perito pelo cumprimento parcial em razão de realização de reformas, realocações e instalações elétricas blindadas em áreas com presença de agentes inflamáveis, além de outras questões pendentes, ambos os fatos elencados no anexo 11 e 12.

O item 13 diz respeito à adequação dos tanques internos de agentes inflamáveis às NRs.

O subitem 14.4 refere que o laudo de instalações elétricas aponta questões que ainda não foram sanadas.

Quanto aos demais itens em que a conclusão foi no sentido de cumprimento às exigências legais o Perito prestou esclarecimentos aos quesitos formulados pelo autor.

Quanto ao item 05 relacionado a fatores ergonômicos, em

esclarecimentos ratificou o Perito a conclusão quanto ao atendimento das obrigações constantes do TAC:

“Sem divergências sobre o fato de que em muitos setores/postos de trabalho as questões de ergonomia foram concluídas como parcialmente adequadas, ou seja muitas atividades apresentam condições ergonômicas adequadas, outras podem e devem melhorar, bem como outras na prática nunca terão solução plena (ergonomia e processo de aprimoramento contínuo, por estágios, até a automação integral das atividades – sem a presença de elementos humanos).”

Quanto aos itens 07 e 08 relacionados à instalação de exaustores ratificou o Perito a conclusão pelo atendimento das obrigações constantes do TAC:

“Em referido estudo constam os setores com tais sistemas de exaustão, fluxogramas dos sistemas de exaustão, pontos de medição, vazão (m²/h), velocidade (m/s), resultados e respectivas considerações. Portanto, estão apresentadas as limitações de referidos sistemas coletivos que devem ser complementados pela proteção individual.”

Quanto ao item 11 relacionado ao projeto de controle ambiental de ruído, em esclarecimentos ratificou o Perito a conclusão quanto ao atendimento das obrigações constantes do TAC:

“O item 6 do PAC informa que as medidas de proteção coletiva na diminuição do ruído estão superadas no PPRA.”

Quanto ao item 14.1 relacionado ao não encaminhamento de todas as FISPQs (fichas de informação de segurança de produtos químicos) em esclarecimentos ratificou o Perito a conclusão quanto ao atendimento das obrigações constantes do TAC:

“Parte dos processos industriais foram alterados, grande parte das FISPQs são de terceiros (fornecedores de matérias-primas), bem como nem todas as FISPQs apresentam irregularidades na documentação. Portanto, na pior das hipóteses este item pode ser entendido como “parcialmente cumprido”, não como “não cumprido”.

Em resumo, a prova técnica confeccionada pelo Perito engenheiro concluiu como parcialmente atendidos os itens 04 e o subitem 14.4 e como não atendido o item 13. Os demais itens foram considerados pelo Perito como atendidos (fls. 225-v. e 226).

Com relação perícia médica, apresentando o laudo (fls. 423/480), a conclusão foi:

“1 – Apresenta irregularidades nas fichas químicas FISPQ NÃO ATENDE ITEM 1

2 – Apresenta irregularidades no PCA Programa de Conservação Auditiva; NÃO ATENDE ITEM 2

3 – Apresenta irregularidades no PCMSO Programa de Saúde

NÃO ATENDE ITEM 3

4 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA

5 – Apresenta irregularidades no Programa de Ergonomia NÃO ATENDE ITEM 5

6 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA

7 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA

8 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA

9 – Empresa não realiza análise de todos os acidentes e não tem rotina normatizada NÃO ATENDE ITEM 9

10 – Apresenta irregularidades no PCA Programa de Conservação Auditiva NÃO ATENDE ITEM 10

11 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA

12 – ITEM NÃO AVALIADO POR ESSA PERÍCIA”

No corpo do laudo médico assim refere o Perito (fls. 472):

“A empresa apresentou os documentos FAP-INSS do período de 2010 a 2014, com registro oficial de todos os casos de doenças e acidentes do trabalho. Identificamos um número alto de casos de acidentes e doenças do trabalho, com valor do FAP acima de 1 na maioria destes anos deste período. O número absoluto de acidentes e doenças do trabalho também sofreu um aumento significativo neste período de 2010 com 7 acidentes, para 18 ocorrências em 2014. De forma correspondente também o número de benefícios por auxílio doença acidentário B91 aumentou de 04 para 11, de 2010-2014. Aumento importante da gravidade dos acidentes neste período de 2010, com índice de 0,86 para 2,30 em 2014. Isto corresponde a um aumento de 2,6 x. Praticamente 50% dos casos sem registro da CAT pela empresa. A ausência de investigação de rotina dos acidentes e muitos casos de acidentes e doenças sem prontuário médico.

Passados 19 anos da celebração deste TAC esperávamos que a empresa tivesse implantado programas de segurança do trabalho respeitando o mínimo da legislação ou até superando, mas encontramos uma situação contrária. Citamos as principais irregularidades na execução do programa de saúde PCMSO:

- Fichas dos produtos químicos FISPQ irregulares, com informações incompletas e fora do padrão legal, dificultando a identificação dos produtos e riscos químicos da empresa. Dificuldade para utilizar estas informações na prevenção de saúde.

- A empresa não elabora o relatório anual da PCMSO - Programa de Controle Médico em Saúde Ocupacional, conforme determina a NR-07, item 7-4-6-1, especificamente em casos de alterações nos exames médicos anuais. Desta forma, inviabiliza qualquer ação preventiva, identificando os tipos de alterações mais frequentes e os locais da empresa aonde ocorrem estas alterações.

- A empresa não possui norma ou rotina de trabalho determinando o que fazer com os casos com alterações, em relação a encaminhamento para tratamento especializado ou avaliações, além de medidas de adequação do local de trabalho ou mudanças de função ou de local.

- A empresa não faz o registro de todos os casos de acidentes e doenças do trabalho no documento CAT - Comunicação de Acidentes de Trabalho, conforme determina a Lei nº 8.213/91 - Artigo 22. Deveria fazer o registro inclusive dos antigos casos que ainda não foram registrados como CAT.

- Ausência de registro de casos de acidentes e doenças do trabalho em prontuário médico de vários casos identificados na perícia.

- A empresa utiliza 04 produtos químicos reconhecidos como cancerígenos para humanos e não realiza um cadastro adequado dos trabalhadores destas áreas ou medidas de manutenção de controles médicos específicos por tempo prolongado.

- A empresa informou que parou de utilizar o Amianto em 2003, mas também não realiza um cadastro adequado dos trabalhadores destas áreas ou medidas de manutenção de controles médicos específicos por tempo prolongado. O mesmo ocorre com o produto BENZENO.

- Em relação a alguns pedidos específicos de avaliação, constatamos que a empresa possui muitos casos de perda auditiva, com 8 trabalhadores expostos ao ruído. A empresa apresenta irregularidades no PCA programa de conservação auditiva, com não realização de relatório anual dos resultados das audiometrias, falta de investigação, falta de rotina de encaminhamento e outros.

- A empresa também não cumpre a Norma NR-17 de ergonomia, com vários casos de lesão lombar (hérnia discal) e tendinites, relacionadas com esforços físicos e riscos posturais.

Consta ainda do corpo do laudo ((fls. 446):

“A empresa apresenta um grande número de casos de doenças do trabalho relacionadas com os RISCOS ERGONÔMICOS (conforto no trabalho). No item V, discutimos as causas de afastamentos do trabalho e a ocorrência das principais doenças do trabalho, como HÉRNIA DISCAL LOMBAR CID M51-1, TENDINITE DO OMBRO CID M75-1 e outros tipos de TENDINITES DOS MEMBROS SUPERIORES CID M65-9. Estas doenças estão diretamente ligadas a fatores de risco ergonômico, como a forma de organização do trabalho, ritmo de trabalho excessivo, presença de esforços físicos, posturas inadequadas, maquinário inadequado, movimentação repetitiva sem períodos adequados de repouso e outros fatores.”

E ainda:

“As situações mais críticas identificadas durante a perícia estão na organização no sistema de linha de produção, com a presença de trabalhadores ao lado da linha com atividades repetitivas e que podem ser melhoradas através da evolução tecnológica dos processos. Por exemplo: um funcionário na linha precisa passar um cabo de vassoura improvisado em cada balde aberto de produto, antes de fechar com tampa, para não derramar” (fls. 446).”

Pois bem.

Os laudos técnicos produzidos são conclusivos quanto ao não atendimento do TAC em sua integralidade.

Os trechos acima reproduzidos do laudo médico denotam de forma evidente o não cumprimento das normas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

A decisão proferida pela Origem no sentido de que o ajuste foi cumprido em consonância com as normas aplicáveis à época de seu entabulamento não está correta.

O parágrafo 6º, do artigo 5º da Lei 7.347/85 reza que o inquirido se ajustará às exigências legais.

Assim, em relação às obrigações de fazer e de não fazer, a obrigação assumida em um ajuste de conduta ou imposta por decisão judicial no tocante à tutela dos direitos e interesses metaindividuais possui prazo indeterminado e aplicação em todo o território nacional.

Nesse sentir, cumpre ao empregador que firmou o termo de ajuste de conduta implementar as obrigações assumidas em consonância com as alterações legislativas porventura existentes no hiato entre a assunção do ajuste e o efetivo implemento da obrigação, sob pena de ser beneficiado pela inércia e pelo decurso do tempo em detrimento da higidez física e mental dos trabalhadores.

Frise-se que o arcabouço normativo que visa estabelecer mecanismos que assegurem aos trabalhadores um ambiente de trabalho idôneo e seguro está previsto não só em normas regulamentadoras e legislação esparsa, mas notadamente está assegurado pela Constituição Federal no artigo 7º, incisos XXII e XXIII e no artigo 5º que eleva a dignidade da pessoa humana a preceito fundamental no Estado Democrático de Direito.

Na hipótese, não obstante o termo de ajuste tenha sido firmado sob a égide de normas vigentes em 1998, indigitadas normas não foram revogadas, ao revés sofreram alterações de modo a adequá-las ao cenário atual.

Em contraponto, a ação executiva foi iniciada em 2010 e foi constatado, através da prova técnica, que ainda não havia sido cumprido o acordado nos anos de 2014 (fls. 213/227) e 2017 (fls. 423/478).

Por todo o exposto dá-se provimento ao recurso para afastar a decisão que julgou extinta a execução e determinar a baixa dos autos para que a execução prossiga como de direito.

Reforma-se

ANTE O EXPOSTO, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: CONHECER do recurso interposto e, no mérito, DAR-LHE

PROVIMENTO para afastar a decisão que julgou extinta a execução e determinar a baixa dos autos para que a execução prossiga como de direito.

ALVARO ALVES NÔGA

Relator

PROCESSO TRT/SP Nº 1000254-53.2019.5.02.0601

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO VAZIO. DIREITO À PROCRASTINAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO QUE IGNORA A PROVA DOS AUTOS E OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. PUNIÇÃO POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 793-B, DA CLT. Haverá um tempo em que processo será veículo de pretensões sustentáveis e a parte que não as tiver pagará desde logo a condenação, sem procrastinar o feito inutilmente. A respeitável sentença fundou-se na prova testemunhal não contrariada por nenhum meio de prova. E dela emergiram os fatos já narrados: o reclamante labutou no seio da ‘cracolândia’, desacompanhado, sem água potável ou banheiro e impossibilitado de fazer intervalo de refeição. Vem o recurso e diz, de forma cínica: “as alegações deduzidas pelo Recorrido não se mostraram verídicas, eis que não comprovadas por qualquer meio de prova”. Depois da prova oral, inadmissível, em ambiente processualmente civilizado, o uso de ferramenta que tal. Segue a recorrente lamentando-se em latim (“*allegatio et non probatio, quasi non allegatio*”), porque em Português não consegue, de fato, sustentar nenhum motivo para revisão do julgado a *quo*. Se houve prova, se a sentença assim reconheceu, o recurso deve demonstrar que tal análise não se sustenta, não negar a existência de prova, como se estivesse na fase de contestação. **Recurso não provido e multa por litigância desleal aplicada à recorrente.**

VIP TRANSPORTES URBANO LTDA, reclamada nos autos do processo que contra si vê movido por ALFREDO SOUZA MAGNAVITA, recorre da respeitável sentença da lavra da meritíssima juíza titular da 1ª vara do trabalho da zona leste de São Paulo, Aparecida Maria de Santanna.

Aduz, inicialmente, que a matéria em questão exige suspensão, dados os limites do tema 1046, da repercussão geral do STF; no mais, sustenta que a rescisão indireta não deve prosperar, por falta de imediatidade, a hora intervalar não é devida, à luz das regras convencionais aplicáveis e que não subsiste motivo para indenização por danos morais.

Custas e depósito recursal satisfeitos a tempo e modo.

Contrarrazões, embora facultadas, não foram formalizadas.

Não é caso de prévia oitiva do MPT.

É o relatório.

Adequado, tempestivo, firmado por advogado habilitado nos autos e preparado, o recurso ordinário da reclamada merece conhecimento.

1) SUSPENSÃO DO FEITO.

O fundamento da respeitável sentença foi a prova de que o reclamante não usufruía mais do que 15 minutos de intervalo de refeição, não havendo debate, *in concreto*, sobre a possibilidade de negociação coletiva a fracionar o gozo do intervalo.

Vem daí que não se insere a hipótese ao tema da repercussão geral do STF, que versa sobre os limites do negociado sobre o legislado, motivo que leva ao indeferimento da pretensão suspensiva.

Rejeitam-se as duas preliminares, que se fundam numa só alegação.

2) INTERVALO DE REFEIÇÃO.

A respeitável sentença reconheceu que houve prova do trabalho do reclamante, no período da condenação, sem companhia, o que inviabiliza o gozo regular do intervalo de refeição. Aplicaram-se, sobre o lapso faltante (45 minutos) as regras da reforma trabalhista, à luz da época dos fatos.

Não há nada a ser revisto.

Insiste a reclamada na alegação vazia de provas de que o recorrido gozava de 30 minutos de intervalo fracionados e que recebia a diferença nos holerites. Eis o ponto central: o recorrido não usufruía de intervalo, nem de 30 minutos, pelo que a suposta imposição dos termos da negociação não socorre à pretensão recursal. Compensação de iguais títulos já consta da respeitável sentença.

Nada há a ser reformado.

3) RESCISÃO INDIRETA.

A respeitável sentença reconheceu justa causa patronal, fincada na conclusão de que “ré deixou de disponibilizar banheiro e água potável no local de trabalho do autor, obrigando o obreiro a solicitar o uso de sanitário em estabelecimentos comerciais quando possível e fazer uso da via pública, em caso de necessidade, no período noturno quando o comércio fechava. E, ainda, não disponibilizou local apropriado para as refeições, sendo que o reclamante trabalhava sozinho, não podendo deixar seu posto de trabalho. Ademais, não havia iluminação apropriada no local, tratando-se de área notoriamente com alto risco de violência. Tem-se que tal condição de trabalho, além de causar constrangimento, poderia causar um mal à saúde do reclamante. Não se pode admitir que um trabalhador seja exposto a tais condições degradantes, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

O único argumento recursal assenta-se na ausência de imediatidade, o que não se exige, *data venia*, da justa causa patronal. Se o patrão pode, a qualquer tempo, punir o empregado faltante, razão pela qual o transcurso de tempo importa perdão tácito, o empregado, que depende de manter-se no emprego, não pode punir o empregador imediatamente, senão que suporta, até não mais poder, os abusos e as ilegalidades. Não é outro o sentido da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. 1. A eg. Oitava Turma não conheceu do recurso de revista quanto à rescisão indireta, reputando ileso o art. 483, “d”, da CLT e inespecíficos os arestos colacionados, com amparo nas Súmulas nº 126 e 296 do TST, sob o fundamento de que a análise do cometimento de falta grave pelo empregador dependeria de reexame do conjunto probatório dos autos. 2. Ocorre, todavia, que, na hipótese, é incontroverso que ‘restou reconhecida em favor da autora a existência do direito ao adicional de periculosidade, horas extras, intervalo intrajornada e feriados em

dobro', sendo que 'tais descumprimentos são verificados ao longo do contrato de trabalho da autora, alguns desde a época de sua admissão, em 10.07.1995, e outros a partir do ingresso na função de auxiliar de enfermagem, em 01.06.2001'. 3. Estabelecida nesses termos a controvérsia pelo Tribunal Regional, como tal reproduzida no acórdão embargado, abre-se a possibilidade para a subsunção do caso concreto à norma legal (art. 483, "d", da CLT), mediante operação tipicamente de direito, própria de recurso de revista ou de embargos, sem sofrer o óbice da Súmula nº 126 do TST, mal aplicada, na espécie. 4. Nessa perspectiva, estando a questão em condições de imediato julgamento, no mérito **impõe-se trazer a lume a jurisprudência iterativa e atual desta Corte Superior, firme no sentido de que o descumprimento reiterado das obrigações trabalhistas pelo empregador caracteriza a hipótese de falta grave empresarial tipificada no art. 483, "d", da CLT, de molde a autorizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, com ônus rescisórios para a empresa. Não constitui óbice ao reconhecimento da falta grave a ausência de imediatidade entre o início da conduta e a proposição da ação, diante do desequilíbrio econômico entre as partes e a necessidade premente de manutenção do contrato de emprego.** Recurso de embargos conhecido e provido" (E-RR - 1044-36.2014.5.03.0105, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, SDI-1, DEJT 17/2/2017, sem grifos no original)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CONTRATO DE EMPREGO. RESCISÃO INDIRETA. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO REITERADA. IMEDIATIDADE 1. A supressão reiterada de intervalos intrajornada constitui típica forma de inadimplemento de obrigação contratual passível de propiciar a "rescisão indireta" do contrato por iniciativa do empregado (CLT, art. 483, "d"). 2. Conquanto o princípio da imediatidade igualmente se aplique à justa causa patronal, esta não perde a atualidade se o empregador persiste descumprindo a obrigação trabalhista ao tempo da propositura da ação. 3. Recurso de revista do Reclamante de que se conhece e a que se dá provimento, no particular" (ARR - 1298-02.2010.5.15.0077, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 9/8/2017, 4ª Turma, DEJT 18/8/2017)

"I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. Evidenciada possível afronta ao artigo 483, "d", da CLT, impõe-se dar provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS

HORAS EXTRAS. RECONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 483, "D", DA CLT. Hipótese em que a Corte Regional, mesmo diante da comprovação da concessão irregular do intervalo intrajornada e da ausência de pagamento das horas extras, reformou a sentença para afastar a rescisão indireta do contrato de trabalho. O artigo 483, "d", da CLT dispõe que o empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho quando o empregador não cumprir as obrigações dele decorrentes. Nesse cenário, esta Corte tem firmado jurisprudência no sentido de que a inobservância do intervalo intrajornada e a ausência de pagamento das horas extras configuram falta grave patronal, suficiente para ensejar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483, "d", da CLT. Desse modo, o Tribunal Regional, ao consignar que a concessão irregular do intervalo intrajornada e a ausência de pagamento das horas extras não constituem falta grave que caracterize a rescisão indireta, contrariou o entendimento desta Corte. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR - 25266-04.2014.5.24.0002, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 15/9/2017)

"RECURSO DE REVISTA. 1. RESCISÃO INDIRETA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO IRREGULAR. FALTA GRAVE PATRONAL. PROVIMENTO. O descumprimento de obrigações contratuais, por parte do empregador, no tocante não concessão e/ou concessão irregular do intervalo intrajornada, obrigação que também decorre de lei, configura falta grave que autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas rescisórias correlatas, nos termos do artigo 483, "d", da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR - 248-04.2012.5.01.0030, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 25/8/2017)

"RESCISÃO INDIRETA. INOBSERVÂNCIA DO INTERVALO INTRAJORNADA E AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. A jurisprudência desta Corte vem consolidando o entendimento segundo o qual a inobservância do intervalo intrajornada implica o reconhecimento da falta grave do empregador, apta a ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR - 2275-11.2012.5.23.0009, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 26/5/2017)

"RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. NÃO INSURGÊNCIA IMEDIATA DO EMPREGADO CONTRA ATO DO EMPREGADOR. RESCISÃO INDIRETA. NÃO OCORRÊNCIA. O Regional, ao dar provimento ao recurso ordinário patronal, concluiu, diante da ausência de imediatidade, pela configuração do desligamento voluntário do reclamante na empresa, declarando que a extinção do contrato decorreu de pedido de demissão. Esta Corte possui entendimento no sentido de que a ausência de imediatidade não tem o condão de afastar a rescisão indireta do contrato de trabalho, uma vez que a necessidade na manutenção do contrato de

trabalho é fator preponderante para a subsistência do empregado e de sua família. Recurso de revista conhecido e provido" (RR - 1653-49.2011.5.15.0021, Rel. Min. Emmanuel Pereira, 5ª Turma, DEJT 31/3/2015)

"RECURSO DE REVISTA. 1 - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. PERDÃO TÁCITO. 1.1 - No caso, o acórdão recorrido bem registrou que "A ausência de imediatidade com respeito a infrações cometidas pelo empregador não compromete, necessariamente e em todos os casos, a pretensão de rescisão indireta, não significando, automaticamente, a concessão do perdão tácito pelo trabalhador". 1.2 - Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que não descaracteriza a rescisão indireta o fato de o empregado se sujeitar a determinadas condições na empresa, isso porque, apenas reforça a sua condição de hipossuficiência e a preocupação em manter o seu trabalho. 1.3 - Precedentes. Recurso de revista conhecido e não provido" (...) (RR - 31800-57.2008.5.09.0562, Rel. Min. Delafide Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 20/3/2015).

Se confirmados, como foram, os fatos de o reclamante labutar sozinho, não ter acesso a condições higiênicas mínimas, nem à água potável, expor-se a enormes riscos (trabalhava na rua Mauá, próximo à "cracolândia") e não usufruir de parada para refeição, a rescisão indireta é medida impositiva. Mantém-se.

4) DANO MORAL

Haverá um tempo em que processo será veículo de pretensões sustentáveis e a parte que nas as tiver pagará desde logo a condenação, sem procrastinar o feito inutilmente.

A respeitável sentença fundou-se na prova testemunhal não contrariada por nenhum meio de prova. E dela emergiram os fatos já narrados: o reclamante labutou no seio da 'cracolândia', desacompanhado, sem água potável ou banheiro e impossibilitado de fazer intervalo de refeição. Vem o recurso e diz, de forma cínica: "as alegações deduzidas pelo Recorrido não se mostraram verídicas, eis que não comprovadas por qualquer meio de prova".

Depois da prova oral, inadmissível, em ambiente processualmente civilizado, o uso de ferramenta que tal. Segue a recorrente lamentando-se em latim ("*allegatio et non probatio, quasi non allegatio*"), porque em Português não consegue, de fato, sustentar nenhum motivo para revisão do julgado *a quo*.

Se houve prova, se a sentença assim reconheceu, o recurso deve demonstrar que tal análise não se sustenta, não negar a existência de prova, como se estivesse na fase de contestação.

Perda de tempo público, ofensa à democracia, uso da máquina para esgueirar-se da obrigação sentencial. Essa é estratégia da parte, que merece punição.

Por violar os incisos II, III, IV e VII, pelo menos, do artigo 793-B, da CLT, pagará a recorrente multa de 9% do valor atualizado da causa à parte adversa.

Mantém-se o julgado.

Do exposto, **ACORDAM** os magistrados da 15ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região em **CONHECER** o recurso ordinário da reclamada, **REJEITAR** as preliminares de suspensão do feito e, quanto ao mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, punindo a recorrente em **multa de 9%** do valor atualizado da causa, por violação ao artigo 793-B, da CLT, tudo nos termos da fundamentação.

MARCOS NEVES FAVA

Juiz Relator

17ª TURMA**RECURSO ORDINÁRIO****PROCESSO TRT/SP nº 1000336-53.2017.5.02.0052****ORIGEM: 52ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO****RECORRENTES: 1. RODRIGO DIAS MARTINS CARAMÉZ
2. BANCO BRADESCO S.A.****RECORRIDOS: OS MESMOS**

RECURSO DA RÉ. Cerceamento de defesa. Configura-se cerceamento de defesa quando ocorre uma limitação à faculdade da parte na produção de provas, o que acaba por prejudicá-la em relação ao seu objetivo processual. Assim, qualquer obstáculo que impeça uma das partes de fazer prova de suas alegações na forma legalmente permitida, dá ensejo ao cerceamento da defesa, causando a nulidade do ato e dos que se seguirem, por violar o devido processo legal constitucionalmente garantido. Veja-se que as premissas que levaram o Juízo de primeiro grau a julgar procedente o pedido de gratificação pela dispensa não estão fundadas no âmbito específico de fatos desconhecidos pelo preposto. Argumentar que tal circunstância impactou no convencimento do julgador é uma acrobacia engenhosa, mas não escapa de uma concepção meramente subjetivista. Não é possível saber o que passou pela cabeça do Magistrado por ocasião da prolação da decisão. Mas, não importa. Relevante é o que colocou como razões de decidir, externando e exteriorizando sua decisão ao mundo inteligível. E, nestas razões, a decisão está fundamentada em fatos que escapam à problemática apresentada pela recorrente. Não há se falar em cerceamento de defesa, de modo que se rejeita a preliminar. **Gratificação especial paga na rescisão contratual. Princípio da isonomia.** Não logrou êxito o réu em justificar os motivos da exclusão do reclamante do pagamento da gratificação especial, quando da rescisão contratual. Mostra-se correta a sentença que, com base no princípio da isonomia, deferiu ao reclamante o pagamento da parcela em comento. **Redução salarial. Trabalhador expatriado.** A diminuição salarial que o autor refere na inicial, na verdade decorre da redução sofrida pela supressão das vantagens pagas pelo reclamado pelo labor do autor no exterior. E não há qualquer ilicitude em tal supressão, já que o próprio artigo 10 da Lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior prevê que “*O adicional de transferência, as prestações “in natura”, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidas após seu retorno ao Brasil.*” De se ver que o autor já na inicial afirmou que a ré arcava com o pagamento de diversas utilidades que, em tese, seriam custeadas pelo autor em Hong Kong. Assim, despesas escolares dos filhos, pagamento do aluguel de imóvel de alto padrão, pagamento de passagens de classe executiva para o reclamante e família entre outros benefícios. Além do pagamento de tais despesas, informou e provou o banco réu que o autor ainda fazia jus ao recebimento de diferenças decorrentes do custo de vida no país de destino: subsídio (COLA), da flutuação monetária (subsídio FX), custos/despesas com plano de

saúde e seguro: subsidiados pela empresa, custos/despesas específicas do país de destino, como condições sociais, culturais, políticas e/ou climáticas extremas (AREA ALLOWANCE), custo/despesas com mudança e armazenamento de bens, tanto na ida quanto no retorno ao Brasil, tudo subsidiado pelo empregador. O reclamante, por seu turno, trabalhador de alto escalão, em momento algum nega que recebia o pagamento de tais verbas, que evidentemente implicavam em majoração à sua remuneração, se limitando a comparar o demonstrativo do último pagamento realizado quando laborou em Hong Kong e o primeiro salário pago quando do seu retorno ao Brasil. Além disso, verifica-se dos demonstrativos de pagamento do reclamante relativos ao período em que laborou em Hong Kong que os valores que excedem o salário base, pagos sob a rubrica “ADIC EXTERN 25%” são variáveis a cada mês, o que reforça a tese de que não se tratou de aumento salarial, mas pagamento de vantagens e ajuste do custo de vida e da conversão da moeda, entre outras despesas do autor arcadas pelo reclamado enquanto ele esteve na condição de expatriado. Não se trata da hipótese de aumento salarial, daí não se falar em redução. **Adicional de transferência.** O fato de o reclamante ter anuído com os termos da negociação de transferência materializadas no contrato firmado pelas partes e a se considerar o disposto no artigo 4º da Lei 7.064/82 que possibilita às partes acordarem em relação ao adicional de transferência, tem-se que referido adicional foi pago ante a sua transmutação ou substituição pelas verbas que compunham o complexo salarial, pagas em razão da transferência para o exterior. Por certo que este complexo cumpre (e até extrapola) a finalidade precípua do adicional de transferência pleiteado, a se considerar que proporcionou uma compensação financeira ao empregado que foi obrigado a se deslocar para novo local de trabalho, de forma provisória, atenuando os efeitos desgastantes de adaptação ao ambiente para onde foi removido. Reforma-se sentença, para excluir da condenação o pagamento do adicional de transferência. **RECURSO DO AUTOR. Prescrição total. Pedido de incorporação ao salário de utilidades fornecidas no curso do contrato.** Hipótese em que se discute a nulidade (ou não) da supressão de parcelas *in natura*, bem como a natureza jurídica das mesmas. Imputa-se às parcelas recebidas a natureza salarial. A natureza da verba decorre do previsto em lei, de modo que já por esse motivo, não se haveria de falar em prescrição total. E mais. A se tratar de lesões sucessivas, que se projetam mês a mês, a prescrição é parcial. Dá-se provimento ao recurso e com fundamento no §4º do artigo 1013 do CPC, passa-se a análise do mérito. Quanto ao mérito, o salário *in natura* ou também conhecido por salário utilidade é entendido como sendo toda parcela, bem ou vantagem fornecida pelo empregador como gratificação pelo trabalho desenvolvido ou pelo cargo ocupado. Trata-se de valores pagos em forma de alimentação, habitação ou outras prestações equivalentes que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornece habitual e gratuitamente ao empregado. Aqui, o determinante para se afastar a natureza salarial e, por consequência, a pretendida integração, é a de que todas estas parcelas foram concedidas para o trabalho. Especificamente vinculados à posição e ao

cargo para o qual fora nominado o autor e, especialmente, em decorrência de sua transferência para atuar no Rio de Janeiro. **Supressão salarial. Transferência internacional.** A se tratar de transferência internacional não haveria qualquer irregularidade na supressão do pagamento de benefícios concedidos em razão da transferência, já que nos termos do artigo 10 da Lei 7.064/82 “as prestações “in natura”, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidas após seu retorno ao Brasil.”

Contra a sentença ID. 0350899, em que o Juízo de origem julgou procedente em parte o pedido, complementada pela decisão de embargos de declaração, ID. 22c7c7a, recorrem as partes.

O autor, ID. 3fbd515, debate supressão salarial, salário utilidade, reflexos em verbas rescisórias e correção monetária.

O banco réu, ID. a77760d, suscita, preliminarmente, nulidade por cerceamento de defesa e, no mérito, discute supressão salarial, adicional de transferência e gratificação paga na rescisão.

Contrarrazões do banco réu, ID. b2ceec7, e do reclamante, ID. 2c71f68.

Preparo ID's. 38deccc, 8202d68, c4f6658 e bfe8840.

VOTO

Recursos adequados e no prazo. Preparo correto efetuado pelo banco réu. O do autor não pede preparo. Subscritos por advogados regularmente constituídos. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento de ambos os recursos.

Não prospera a preliminar de não conhecimento do recurso ordinário do reclamante, suscitada em contrarrazões pelo réu, uma vez que, ao contrário do que alega a parte ré, o apelo do reclamante atende ao disposto no artigo 1.010, II, do CPC de 2015, respeita o princípio da dialeticidade e não se amolda à hipótese consolidada na Súmula 422 do TST. Rejeito.

Tendo em vista a matéria suscitada pelo reclamado, inverto a ordem de apreciação dos recursos.

**RECURSO DO BANCO RÉU
CERCEAMENTO DE DEFESA**

Sustenta a parte ré o cerceamento de defesa. E o faz ao fundamento de que por ocasião da audiência de instrução, o patrono da parte autora veio a inquirir o preposto do réu quanto a diversos e supostos ex empregados do banco, em relação ao pedido de pagamento de gratificação *extra ratia*. Porém, na petição inicial, diversos destes nomes sequer haviam sido relacionados, de modo que veio a tomar conhecimento quanto aos citados “paradigmas” somente por ocasião da instrução.

Entende configurado o cerceamento de defesa tendo em vista o indeferimento pela Origem do pedido de juntada de documentos referentes aos empregados citados pelo patrono do autor, no momento em que questionava o pagamento de gratificação na rescisão do contrato de trabalho destes executivos. Diz que ao término do ato, porém antes de seu encerramento, postulou pela juntada de documentação complementar especificamente a respeito dos casos citados.

A origem indeferiu a diligência ao fundamento de que preclusa a oportunidade e que não se fariam necessários documentos outros para o convencimento do Juízo.

Argumenta o banco réu que não se haveria de falar em preclusão, pois tomou conhecimento dos nomes por ocasião da audiência, sendo certo que consignou os seus protestos em ata – reiterados em razões finais. Diz que o prejuízo à tese de defesa é manifesto, visto que o pedido relacionado à alegada gratificação “*extra gratia*” foi julgado procedente, reconhecendo o Juízo de primeiro grau a existência de uma política a respeito.

Não tem razão o banco réu.

É fato que não consumada a preclusão para apresentação de documentos, uma vez que serviriam como contraprova. No caso, a disciplina da questão está a cargo do artigo 435 do CPC, de modo que “*lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.*”

Contudo, não se há de falar em cerceamento uma vez que a prova se mostra prescindível para a análise da questão.

Configura-se cerceamento de defesa quando ocorre uma limitação à faculdade da parte na produção de provas, o que acaba por prejudicá-la em relação ao seu objetivo processual. Assim, qualquer obstáculo que impeça uma das partes de fazer prova de suas alegações na forma legalmente permitida, dá ensejo ao cerceamento da defesa, causando a nulidade do ato e dos que se seguirem, por violar o devido processo legal constitucionalmente garantido.

O autor já havia trazido na inicial o nome de diversos empregados que teriam recebido a suposta gratificação no momento da rescisão do contrato de trabalho, possibilitando, assim, que a ré trouxesse aos autos a documentação pertinente e se defendesse oportunamente.

Ademais, a decisão proferida pela Origem, embora tenha sido pela procedência do pedido, não utilizou como fundamento a situação jurídica de outros empregados especificamente mencionados em audiência.

Em nenhum momento houve alusão ao fato de o preposto desconhecer se o empregado “X” ou o empregado “Y” recebeu a tal gratificação e que isso caracterizaria a confissão. Ainda que a ré apresentasse todos os documentos alusivos àqueles empregados mencionados em perguntas ao preposto, no afã de comprovar que eles não perceberam dita gratificação, isso não serviria a apagar a situação fática já demonstrada nos autos, no sentido de que empregados houve, dentre aqueles mencionados na petição inicial e na peça de aditamento, que receberam a dita gratificação. É isso o importante para a análise do litígio e é nessa conjectura de prova que se houve o juiz em analisar a demanda, linha a ser seguida nesta Instância Revisora.

Repise-se que as premissas que levaram o Juízo de primeiro grau a julgar procedente o pedido não estão fundadas no âmbito específico desta particularidade ocorrida no curso da instrução processual. Argumentar que tais circunstâncias impactaram no convencimento do julgador é uma acrobacia engenhosa, mas não escapa de uma concepção meramente subjetivista.

Não é possível saber o que passou pela cabeça do Magistrado por ocasião da prolação da decisão. Mas, não importa. Chegar à verdade pode ser mais complexo do que aparente, talvez mesmo impossível dentro da limitada capacidade humana de racionalização. Interessa-nos para aferir a legitimidade da decisão o caminho percorrido em busca da verdade. Relevante é o que colocou como razão de decidir, externando e exteriorizando sua decisão ao mundo inteligível. E, nestas razões, a decisão está fundamentada em fatos que escapam à problemática apresentada pela recorrente.

É dizer, aqueles nomes desconhecidos pelo preposto, estranhos à realidade delimitada pelos limites da lide, não serviram como premissas à conclusão adotada pela Origem. Foram outros os elementos que levaram o Juízo a se convencer quanto à existência de uma política de desligamento no seio da instituição financeira.

Cabe lembrar, aliás, que o Juiz detém liberdade na direção do processo e deve velar pelo rápido andamento da causa, podendo, inclusive indeferir diligências ou procedimentos inúteis - art. 370 do CPC, aplicável de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, por força do art. 769 da CLT.

Deste modo, não há como considerar que houve prejuízo à ré em virtude do cerceamento do seu direito de defesa. Se há prova ou não do pagamento da parcela, ou mesmo se ela é devida ao autor, é questão afeta ao mérito e com ele será analisada.

E assim, que se vá logo ao mérito, com análise do pedido em questão. É o que se faz a seguir. Aos fundamentos:

MÉRITO

Gratificação paga na rescisão

Manifesta a ré seu inconformismo em face da decisão de primeiro grau que reconheceu ao autor o pagamento de gratificação rescisória correspondente a um ano salário base por ano de trabalho.

Sem razão.

Na inicial, afirmou o autor que O “HSBC” tinha uma política para pagamento de gratificação de seus executivos, no momento da rescisão. Referida política, disse ele, previa o pagamento de uma remuneração mensal para cada ano de trabalho do empregado demitido. Afirma que foram beneficiados pela política de gratificação de final de contrato os colegas do reclamante Otávio Romagnolli Mendes, Paulo Steiner, João Francisco Rached, Hilgo Gonçalves, dentre vários outros. Em aditamento à peça inicial, esclareceu que a empresa denomina a gratificação de rescisão como “*extra gratia*” e acrescentou o nome de outros colegas beneficiados pela política, assim, Marcelo Aleixo, Walter Shinomata e Vera Saicali. Conclui o demandante afirmando que não obstante o réu ter aplicado essa política para alguns executivos demitidos, não a aplicou para ele.

O réu contestou o pedido. E ao fazê-lo declinou inexistir alegada política de gratificação de executivos simplesmente por mera rescisão, tampouco vinculada a múltiplos da remuneração mensal. Disse que o autor apresentou apenas alegações genéricas, sem qualquer fundamento fático probatório que as corroborem. Imputou-lhe o encargo probatório, nos termos dos artigos 373 do CPC e 818 da CLT, reiterando não

possuir qualquer premiação rescisória, programa de desligamento ou indenização por tempo de serviço/Programa/Política, afora o que já se encontra previsto em lei, na forma da indenização compensatória equivalente a 40% (quarenta por cento) dos depósitos do FGTS.

Expôs ainda o banco réu, como argumento subsidiário, a tese de que, mesmo se comprovado fosse o pagamento da tal gratificação, essa o seria de evidente liberalidade do banco, inexistindo obrigação legal ao pagamento, de modo que não se haveria de falar em princípio da isonomia.

A origem julgou procedente o pedido. E o fez ao fundamento de que a prova oral teria demonstrado que os executivos contratados pela sucedida recebiam gratificação quando do seu desligamento, correspondendo a um salário base por ano de trabalho, limitado a 24 salários, “mesmo nos casos em que a rescisão ocorresse durante a gestão da Reclamada”. Constatou ainda da decisão que “tendo a empregadora instituído a política de gratificação no desligamento, incumbia a ela a comprovação de fatos impeditivos ou extintivos do direito à percepção do benefício pelo autor”. Acrescentou que “não há, contudo, qualquer comprovação nesse sentido, tendo em vista que os valores eram pagos com base em critérios subjetivos e por liberalidade da empregadora”. Concluiu, ao fim, pela evidente “falta de isonomia quando se verifica que a gratificação deixou de ser paga ao reclamante, que atuava como executivo, tal como os colegas por ele indicados”.

Em recurso, o banco réu insiste na tese de que não existe a alegada política de gratificação de executivos e que o autor, ao depor, teria alterado a versão dos fatos, ao reconhecer argumento diverso para o pagamento da gratificação, qual seja, razões de ordem econômica, o que fulminaria o pedido à improcedência.

Pois bem.

A tese da ré não se sustenta. O fato de referir o autor em depoimento que a gratificação era paga aos executivos desligados “por razões de ordem econômica” em nada contradiz ao que constou da peça inicial.

A premissa central que serve de fundamento ao pedido é o fato de que executivos do banco recebiam uma gratificação quando do seu desligamento. O réu, como tese central, simplesmente negou que existisse na instituição financeira a tal política de gratificação.

Contudo, a prova oral não deixou dúvida de que a política de gratificação existia, instaurada de forma tácita, ainda que houvesse peculiaridades específicas a se considerar o histórico funcional de alguns trabalhadores.

Tenho que o insuspeito depoimento da testemunha a rogo da ré não deixa dúvida quanto à discricionariedade do pagamento e a inexistência de critérios objetivos. Mas, também não deixa dúvida de que pagamentos existiam e aí reside toda a problemática a ser enfrentada.

Deborah, testemunha a rogo do banco réu, economista declarou em Juízo que “*trabalha na reclamada desde 2009, quando então era empregador o HSBC; que atualmente é consultora do recursos humanos e sempre trabalhou nesse setor; que conhece o reclamante; que quando o Bradesco comprou o HSBC alguns empregados expatriados voltaram para o Brasil e outros foram contratados no local da pres-*

tação de serviços; que o reclamante voltou para o Brasil e obteve nota 3 na avaliação, que significa “atende”; que a depoente sabe disso porque tratou de seu retorno; que antes de ir para Hong Kong, o reclamante tinha avaliação diferenciada mas a depoente não se recorda sua nota, esclarecendo que quando foi admitida viu, através de documentos, que a contratação do reclamante se deu de forma especial; que Paulo Steiner, também desligado na mesma época que o reclamante, recebeu valores porque era “apabiano” (empregado do Bamerindus), valores esses decorrente de prêmio aposentadoria, mas a depoente não sabe maiores detalhes de valores; que Valter Shinomata recebeu gratificação discricionária como reconhecimento pelos bons serviços prestados; que esse prêmio especial era pago de acordo com a avaliação global da pessoa, sua contribuição para o banco, de acordo com critérios definidos pelo banco; que Antonio Schwertner foi dispensado antes do reclamante e não recebeu gratificação; que desde seu ingresso no HSBC havia um critério de pagamento de um salário por ano de trabalho nos desligamentos dos executivos, mas a depoente diz que esse critério era discricionário porque sofria alterações de acordo com a pessoa, cada um era um caso, como por exemplo Valter, que teve desconto dos valores da previdência privada; que é possível atribuir a queda de avaliação do reclamante à transição entre HSBC e Bradesco, assim como aconteceu com a depoente, que também sofreu redução em sua avaliação. Nada mais.”

Ainda que se possa admitir, com fundamento no poder diretivo em que se encontra investido o empregado, a possibilidade do pagamento de gratificação a alguns empregados, por mera liberalidade, não há, contudo, como admitir que seja dispensado tratamento desigual a empregados que se encontram na mesma situação, sob pena de se ferir o princípio da isonomia, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Aqui, restou configurado tratamento diferenciado a empregados que se encontravam em situações idênticas, ainda que, de fato, alguns estivessem em situações diferentes, como aqueles que estavam no Bamerindus, quando de sua incorporação pelo HSBC.

É fato notório, amplamente noticiado pela imprensa à época, e está muito vivo nas lembranças deste Relator que o Banco Bamerindus, imortalizado pelo famoso jingle, à época – “*O tempo passa/o tempo voa/e a Poupança Bamerindus continua numa boa...*” passou, em momento de crise no sistema financeiro nacional, a ser controlado pelo gigante bancário mundial HSBC. Em junho de 2015, fato também amplamente noticiado, a matriz do grupo HSBC anunciou o encerramento de suas atividades no mercado brasileiro, de modo que em agosto daquele ano concretizou a venda de sua subsidiária brasileira ao Banco Bradesco.

O autor foi originariamente contratado pelo HSBC. Outros, dentre estes, Paulo Steiner, eram “apabianos” a se utilizar da expressão mencionada pela testemunha em depoimento acima transcrito ao se referir aos empregados egressos do Bamerindus. É evidente que circunstâncias específicas aos contratos dos trabalhadores que mantiveram vínculo originariamente com o Bamerindus não servem como fundamento à pretensão daqueles contratados originariamente pelo HSBC.

Mas, outros há que, tal como o autor, foram contratados pelo HSBC e perceberam a gratificação em questão. E aí, vejo irrelevante a questão temporal, ou seja, se recebeu há um ano antes ou um mês ou mesmo após o momento em que o Bradesco assumiu o controle do HSBC.

Conforme dispõe o artigo 468, *caput*, da CLT, vigente à época, nos contratos individuais de trabalho só será lícita a alteração de suas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia.

A readequação ao novo quadro de funcionários em virtude da incorporação do HSBC pelo Banco Bradesco não configura fundamento válido para não se pagar a gratificação, uma vez que se trata de fato inerente aos riscos do empreendimento, que devem ser suportados pelo empregador, e não pelo empregado – artigo 2º da CLT.

Declarou o preposto que “*sabe informar que na gestão do HSBC, antes da compra pelo Bradesco, alguns executivos com performance destacada receberam um valor de bônus por ocasião da dispensa; que esse valor não era baseado em critérios objetivos, e tanto o valor quanto a escolha de quem o receberia era ato de mera liberalidade, e discricionária; que quando o reclamante foi dispensado já era a nova gestão (Bradesco); que Paulo Steiner recebeu um valor decorrente de norma interna vigente à época de sua contratação pelo Bamerindus; que João Francisco Rached recebeu gratificação quando foi desligado, conforme escolha do então empregador HSBC...*”

O fato é que aos executivos do HSBC existia tacitamente a previsão de pagamento de uma gratificação, ainda que esta não fosse estabelecida por meio de critérios objetivos. Mais uma vez, menciona-se o depoimento da testemunha do banco réu: *que desde seu ingresso no HSBC havia um critério de pagamento de um salário por ano de trabalho nos desligamentos dos executivos, mas a depoente diz que esse critério era discricionário porque sofria alterações de acordo com a pessoa, cada um era um caso, como por exemplo, Valter, que teve desconto dos valores da previdência privada...*

De se ver que o trabalho é um valor social erigido constitucionalmente (art. 69 da CF/1988). Lado outro, tem-se eu o empregador, diante da coletividade de seus empregados, submete-se a tratá-los de forma isonômica, não podendo criar situações discriminatórias, inclusive em questão remuneratória.

Prova alguma veio aos autos, documental ou oral, sobre critérios instituídos para o pagamento da gratificação especial, não prosperando a alegação de que o pagamento foi efetuado com base em condições contratuais ou de desempenho dos empregados, salvo, como dito, no que tange às peculiaridades daqueles que tiveram diferentes empregadores originários.

Neste sentido, o entendimento do TST, conforme ementas abaixo transcritas:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. PAGAMENTO ESPONTÂNEO POR OCASIÃO DA RESCISÃO

CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. O contexto fático-probatório delineado no acórdão recorrido é de que a motivação apresentada pelo reclamado para o tratamento desigual entre a reclamante e outros empregados, com o pagamento de gratificação especial por ocasião da rescisão contratual, não se confirmara, evidenciando a discriminação aleatória em relação à empregada. 2. A jurisprudência desta Corte Superior, mediante julgados da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, é no sentido de ser inaceitável o tratamento discriminatório em situações semelhantes, estando o poder diretivo do empregador submetido ao princípio constitucional da igualdade, inclusive quanto a verbas não instituídas e pagas por liberalidade. 3. Estando o acórdão do Tribunal Regional em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, incide como óbice ao recurso de revista a disposição contida no art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR - 3002-20.2014.5.03.0182, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/09/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. (...). GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST. O Tribunal Regional, instância soberana na análise do conjunto fático-probatório dos autos, constatou a ausência de parâmetros e de transparência para o pagamento da gratificação especial paga apenas a alguns empregados no momento da rescisão contratual. O Tribunal Regional do Trabalho destacou que o reclamado não informou os critérios para o pagamento da gratificação especial nem em que regulamento ou previsão normativa amparou o pagamento para outros empregados, na mesma situação da reclamante. Nesse contexto, como o reclamado não se desincumbiu do ônus de demonstrar quais seriam as condições individuais e personalíssimas que justificariam o pagamento da gratificação especial para alguns empregados e não para a reclamante, o Regional concluiu que houve discriminação salarial injustificada. Assim, tem-se que, para chegar à conclusão diversa, como pretende o reclamado, seria necessário o revolvimento do acervo probatório dos autos, procedimento vedado a esta Corte recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-10573-14.2014.5.03.0062, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 04/03/2016).

‘RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO BANCO SANTANDER. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL (...)1 - (...). 4 - O Tribunal Regional, com base no conjunto fático dos autos, consignou que alguns empregados do reclamado recebiam, quando da rescisão contratual, a parcela denominada gratificação especial, como também era mantido o seguro de vida e assistência médica pelo prazo de um ano após o término do contrato de trabalho. 5 - Constata-se que o Regional ao manter os referidos benefícios, fundamentou sua decisão no princípio da isonomia, bem como nos fatos e

provas dos autos, que comprovam a falta de critérios objetivos a permitir a exclusão do reclamante a tais benefícios. 6 - Recurso de revista de que não se conhece.” (RR-1309-17.2014.5.03.0015, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 12/02/2016).

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. PAGAMENTO AO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO, EM CARÁTER INDIVIDUAL E POR MERA LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. ISONOMIA. (...). Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA (...) 2 - GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. PAGAMENTO AO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO, EM CARÁTER INDIVIDUAL E POR MERA LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. ISONOMIA. 2.1 Discute-se no tema se o empregador pode conceder, por ocasião da rescisão contratual, e por mera liberalidade, gratificação por tempo de serviço somente a determinada parcela de trabalhadores. 2.2. Conforme se extrai do acórdão regional, o preposto da empresa, em depoimento pessoal, reconheceu o pagamento do benefício em comento a alguns empregados despedidos, mas não soube informar os critérios utilizados para a concessão da verba. 2.3. À luz do princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, não há como validar o procedimento adotado pela reclamada, porquanto não apresentada nenhuma justificativa razoável para o tratamento discriminatório dispensado à reclamante. 2.4. Como se sabe, o princípio em questão não tem por escopo simplesmente vedar discriminações que, muitas vezes, são necessárias. O que se veda são as discriminações arbitrárias, desproporcionais, realizadas contra pessoas que se encontram em situação jurídica equivalente, tal como ocorreu *in casu*, relativamente aos empregados dispensados pela empresa. 2.5. Além disso, o poder diretivo inerente à condição de patrão não é capaz de legitimar o pagamento discriminatório da parcela em comento, porquanto os poderes do empregador devem ser exercidos à luz dos direitos e garantias constitucionais assegurados aos trabalhadores em geral. Recurso de revista conhecido e não provido. 3 - (...).” (RR-78400-38.2009.5.04.0014, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, DEJT 02/05/2014).

“RECURSO DE REVISTA. (...). GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. PAGAMENTO POR OCASIÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL. PRETERIÇÃO DO RECLAMANTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O princípio da isonomia ou igualdade não impede que se atribua tratamento desigual a situações fáticas desiguais, mas apenas assegura que a desigualdade não seja fruto de mera arbitrariedade, de modo a evitar perseguições ou concessões de privilégios. Apesar de se compreender no poder diretivo do empregador a organização e a remuneração do seu quadro de empregados, essa prerrogativa não lhe permite, ao seu mero arbítrio, criar distinções entre empregados que, a princípio, encontram-se numa mesma situação jurídica (empregados dispensados sem justa causa). Não logrando a reclamada justificar os motivos da exclusão do reclamante do pagamento

de gratificação especial rescisória, mostra-se correto o v. acórdão regional que, com base no princípio da isonomia, deferiu ao reclamante o pagamento da parcela em comento. Recurso de revista conhecido e desprovido. (...)” (RR-1300-18.2010.5.03.0105, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 15/06/2012).

“AGRAVO - PARTICIPAÇÃO EM LUCROS E RESULTADOS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA 1. (...) 2. Além disso, esta C. SBDI-1 já se manifestou no sentido de que o poder diretivo do empregador, inclusive quanto a parcelas pagas por liberalidade, sujeita-se ao crivo do princípio da igualdade. Agravo conhecido e desprovido.” (A-E-ED-RR-765553-37.2001.5.10.5555, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 25/05/2007).

“EMBARGOS - GRATIFICAÇÃO DE DESLIGAMENTO - PRINCÍPIO DA ISONOMIA 1. O benefício instituído por liberalidade do empregador sujeita-se ao crivo do princípio da isonomia. Com efeito, o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório (art. 5º da Constituição de 1988: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)’). 2. Nessa esteira, também o poder diretivo do empregador, assegurado em norma infraconstitucional (art. 2º da CLT), submete-se ao princípio da igualdade. 3. Na hipótese vertente, a instância ordinária registrou que o Reclamante encontrava-se em igualdade de condições em relação aos demais empregados que receberam a verba ‘gratificação de desligamento’ e que preenchia os requisitos erigidos pelo empregador. 4. Desse modo, não é aceitável o tratamento discriminatório praticado pela Reclamada. (...) Embargos conhecidos parcialmente e providos.” (E-RR-536235-83.1999.5.02.5555, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 10/11/2006).

Ausentes parâmetros e de transparência para o pagamento da gratificação paga a alguns empregados no momento da rescisão contratual, reputa-se que a conduta patronal de instituir esta gratificação sem regras claras e sem parâmetros objetivos, configurou atitude discriminatória, em flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

Ainda que não exista previsão legal ou convencional a obrigar a empresa a pagar referida gratificação por ocasião do desligamento, se instituídos por mera liberalidade empresarial, não podem ser utilizados como meio discriminatório entre os empregados sob pena de afronta ao princípio da isonomia, que rege relações de trabalhistas.

Nesse contexto, há de se rechaçar a concessão de tratamento desigual, mediante pagamento de vantagem desvinculada de qualquer pressuposto objetivo previamente ajustado, considerando-se a configuração de ato discriminatório.

Nego provimento ao recurso.

SUPRESSÃO SALARIAL

Insurge-se a ré contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da suposta supressão ocorrida

no período em que o autor deixou de prestar serviços na cidade de Hong Kong. Afirma que o ônus de comprovar a supressão seria do autor, que dele não teria se desincumbido. Aduz que no salário pago em terra estrangeira estava incluído o valor referente à ajuda de custo. Por fim, afirma que o próprio art. 10 da Lei 7.064/82 prevê que as vantagens percebidas em função da permanência no exterior não são devidas após o retorno ao Brasil e que seria aplicável ao reclamante a lei do local da prestação dos serviços.

Pois bem.

De início registro que a legislação aplicável ao caso é mesmo a brasileira, em vista do disposto no artigo 3º, II da Lei 7.064/82 que estabelece que a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

A ré, contudo, nem sequer aponta qualquer norma jurídica do local de prestação de serviços que pudesse ser mais favorável ao autor e, portanto, a ele aplicável, razão pela qual não há que se falar em aplicação da lei do local da prestação de serviços.

Cumprido esclarecer que independentemente da data do cancelamento da Súmula 207 do TST, tal verbete sumular não era mesmo aplicável ao caso do autor, posto que este não fora contratado no Brasil para prestar serviços no exterior. Fora tão somente transferido para o exterior após anos trabalhando no Brasil. Este, inclusive, é o entendimento do TST, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA LEX LOCI EXECUTIONIS. INAPLICABILIDADE. TRABALHADOR CONTRATADO NO BRASIL E POSTERIORMENTE TRANSFERIDO PARA O EXTERIOR. Aparente contrariedade à Súmula 207/TST, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa 928/2003. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA LEX LOCI EXECUTIONIS. INAPLICABILIDADE. TRABALHADOR CONTRATADO NO BRASIL E POSTERIORMENTE TRANSFERIDO PARA O EXTERIOR. INCIDÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que inaplicável o entendimento consagrado na Súmula 207/TST aos trabalhadores contratados no Brasil, para prestar serviços neste país e, posteriormente, transferidos ao exterior, devendo incidir, no caso, a norma protetiva mais favorável, à luz do disposto na Lei 7.064/82. Configurada contrariedade à Súmula 207/TST, ante a sua má-aplicação ao caso em apreço. Revista conhecida e provida, no tema. (...) (RR - 51300-47.2007.5.10.0003, Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 07/03/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2012)

Aos fatos.

Afirma o autor na inicial que teria sofrido redução salarial após o término do período em que prestou serviços em Hong Kong. Alega que no último mês de trabalho em Hong Kong recebeu o salário de HKD\$ 290.669,00, equivalente a R\$ 116.267,60 em 01.08.2016, sendo que ao retornar ao Brasil, teria recebido no mês de agosto de 2016 o salário de apenas R\$ 83.587,97.

A ré se defende afirmando que no valor que o autor diz ser seu salário em Hong Kong estariam incorporados não só o salário base, mas também subsídios concedidos a ele em razão da expatriação. Aduz que a política salarial da ré visa proporcionar ao empregado o mesmo padrão de vida que possuía no Brasil. Sustenta que os contratos anexados aos autos comprovam que ficou acordado que o autor receberia o mesmo salário anual percebido aqui, acrescido de subsídios específicos e vinculados ao procedimento de expatriação e da localidade do destino, tais como Ajuste de Custo de Vida – COLA, FX - Foreign Exchange (divisas), imposto e taxas (tax), Alojamento mobiliado, Plano Saúde, Subsídio Educação, Subsídio Localização (área allowance), Bônus (HOME MARKET ADJUSTMENT – PARTNER SUPPORT ALLOWANCE), IATP (pacote executivo de viagem anual), MYSCELANEOUS PAYMENT (custos com treinamentos de línguas, curso de aprimoramento), passagens aéreas e alojamento temporário.

A Origem julgou procedente o pedido ao fundamento de o autor teria recebido em 21.05.2015, último mês laborado em Hong Kong, o salário de R\$ 281.642,00 equivalente a R\$ 110.376,00, sendo que ao retornar ao Brasil, o autor teria recebido no mês de julho de 2015 apenas R\$ 75.989,06 (salário base de R\$ 39.994,21 acrescido do valor referente ao cargo, R\$ 35.994,85).

Merece reforma a decisão.

Nos termos, da cláusula 6 do contrato de transferência, traduzido de forma juramentada sob o ID. 1810a6b - Pág. 1, o salário pago ao autor em Hong Kong seria calculado sobre o salário fixo base bruto vigente à época da transferência, descontados os valores referentes ao imposto de renda e contribuições de previdência social, sofrendo ainda revisão anual. Consta ainda desta mesma cláusula que “Com base nas flutuações das taxas de câmbio e de Ajuste de Custo de Vida (COLA) detalhados na Cláusula 1.2 da Política, é possível que seu salário líquido da função designada varie para mais ou para menos durante a Transferência Temporária.” (ID. 1810a6b - Pág. 2).

Da análise dos documentos trazidos aos autos, verifico que o autor, no último mês trabalhado no Brasil (janeiro de 2012), recebeu o salário no importe de R\$ 60.323,85 (R\$ 31.749,37 acrescido de R\$ 28.574,48 referente ao cargo ocupado), vide ID. 3c9bc2e - Pág. 14.

O salário de R\$ 60.323,85 foi mantido nos meses seguintes a sua transferência, tendo sofrido os seguintes reajustes: R\$ 64.848,14 em agosto de 2013 (ID. 3c9bc2e - Pág. 22); R\$ 70.036,00 em dezembro de 2013 (ID. 3c9bc2e - Pág. 25); e R\$ 75.989,06 em ID. 3c9bc2e - Pág. 34. O último valor foi mantido quando do retorno do autor ao Brasil, conforme se verifica do demonstrativo de pagamento sob o ID. 3c9bc2e - Pág. 43 e majorado para R\$ 83.587,97 no mês de novembro de 2015 (ID. 3c9bc2e - Pág. 47).

A diminuição salarial que o autor refere na inicial, na verdade decorre da redução sofrida pela supressão das vantagens pagas pelo reclamado pelo labor do autor no exterior. E não há qualquer ilicitude em tal supressão, posto que o artigo 10 da Lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior prevê que “O adicional de transferência, as prestações “in natura”, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidas após seu retorno ao Brasil.”.

O próprio reclamante confirma na inicial que a ré arcava com o pagamento de diversas utilidades que em tese seriam por ele arcadas em Hong Kong (ID. 9615b05 - Pág. 7), tais como despesas escolares de seus dois filhos, pagamento do aluguel de imóvel (que possuía quatro quartos e área de 350m² - ID. 6adf0da - Pág. 6), pagamento de passagens de classe executiva para reclamante, esposa e dois filhos, entre outros benefícios.

Além do pagamento de tais despesas, informou o banco réu que o autor ainda fez jus ao recebimento de diferenças decorrentes do custo de vida no país de destino: subsídio (COLA), da flutuação monetária (subsídio FX), custos/despesas com plano de saúde e seguro: subsidiados pela empresa, custos/despesas específicas do país de destino, como condições sociais, culturais, políticas e/ou climáticas extremas (AREA ALLOWANCE), custo/despesas com mudança e armazenamento de bens, tanto na ida quanto no retorno ao Brasil, tudo subsidiado pela empresa.

O reclamante, por seu turno, que, friso, notadamente trata-se de pessoa instruída, em momento algum nega que recebia o pagamento de tais verbas, que evidentemente implicavam em majoração à sua remuneração, se limitando a comparar o demonstrativo do último pagamento realizado quando laborou em Hong Kong e o primeiro salário pago quando do seu retorno ao Brasil.

Além disso, verifico que dos demonstrativos de pagamento do reclamante relativos ao período em que laborou em Hong Kong se constata que os valores que excedem o salário base, pagos sob a rubrica “ADIC EXTERN 25%” são variáveis a cada mês, o que reforça a tese de que não se tratou de aumento salarial, mas pagamento de vantagens e ajuste do custo de vida e da conversão da moeda, entre outras despesas do autor arcadas pelo reclamado enquanto ele esteve trabalhando no exterior e não aumento salarial, como tenta fazer crer o recorrido.

Obviamente, as vantagens percebidas pelo reclamante em terra estrangeira alcançavam grande monta. É natural que assim o seja, afinal são benefícios que visam atrair o empregado qualificado a representar os interesses da empresa em local diferente daquele em que se ativava originariamente o empregado. E isso é comum na realidade profissional de trabalhadores com padrão mais elevado de remuneração.

Deslocar-se com a família, esposa e filhos, para um lugar que não se conhece, exige a concessão de atrativos. Ainda que esse lugar seja um dos principais centros financeiros do mundo. Foi o que ofereceu o banco réu.

Ao depois, retornou à sua terra o reclamante. Talvez nem o quisesse, sobretudo nesses tempos difíceis pelos quais pas-

sa o país. Mas, é fato - retornou. E as benesses, atrativos, rubricas específicas, vantagens financeiras pagas em razão de sua transferência para o exterior, não mais seriam devidas quando do seu retorno.

Assim, não há que se falar em supressão salarial ou pagamento de diferenças salariais decorrentes do valor recebido pelo reclamante em Hong Kong e o recebido em seu retorno ao Brasil.

Reformo para excluir da condenação a obrigação de pagar as diferenças reconhecidas em primeiro grau de jurisdição.

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

Manifesta o banco ré seu inconformismo em face da decisão de primeiro grau que o condenou ao pagamento do adicional de transferência.

Afirma que o pedido de adicional de transferência estaria fulminado pela prescrição total. Argumenta que o autor teria dois anos a partir da transferência para pleitear o direito que entendessee devido. Não o fez. Transferido em janeiro de 2012, ajuizou esta ação em março de 2017, de modo que, a seu ver, estaria fulminada pela prescrição total a pretensão.

Caso rejeitada a prejudicial defende que inaplicável o adicional de 25% previsto na CLT, pois devido tão só em casos de transferência provisória no âmbito do território nacional. Assevera ainda que os subsídios pagos além do seu salário base visavam cobrir as despesas adicionais decorrentes da prestação de serviços no exterior equivalendo-se, pois, ao adicional de transferência. Aduz ainda que a transferência teria se dado em caráter definitivo de modo que indevido o adicional em tela, devido tão só em caso de transferência provisória.

Pois bem.

De início, afastado a tese da prescrição total, pois o adicional de transferência tem previsão legal e a lesão, assim, se renova mês a mês. No caso, sobejando lapso do período contratual em que se deu a transferência não abarcada pela prescrição quinquenal, rejeita-se a prejudicial de mérito arguida pelo banco réu.

Lado outro é mesmo pacífico na doutrina que o adicional de transferência apenas é devido nos casos em que a transferência do empregado se dá de forma provisória.

Neste sentido, o entendimento consolidado da OJ 113 da SDI-1: “O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.” (grifei).

Critério bastante utilizado para se avaliar a provisoriedade ou definitividade da transferência é o tempo em que o empregado permanece longe do seu benefício. Prevalece no TST que transferências superiores a três anos são consideradas definitivas, conforme se infere das ementas abaixo transcritas:

(...) 6. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. DEFINITIVIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. Sobre o tema, a Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST consagra o entendimento de que o adicional de transferência é cabível apenas na hipótese de mudança provisória. Para fins de aplicação do referido precedente jurisprudencial, esta Corte

Superior tem decidido que, a princípio, transferências com duração superior a três anos (ou até mesmo a dois anos) não devem ser qualificadas como provisórias, mas sim definitivas. Precedentes. II. No caso em análise, consta da decisão regional que o reclamante foi transferido, em 22/01/02, de Guarapuava-PR para Curitiba-PR e que neste local laborou até 23/09/07 (data final do contrato). III. Portanto, a partir da jurisprudência desta Corte Superior, é definitiva a transferência ocorrida de 22/01/2002 a 23/09/2007, com duração superior a três anos, o que afasta o direito do Autor ao adicional de transferência. Logo, o Tribunal Regional, ao concluir que o Reclamante foi submetido à transferência provisória, decidiu em contrariedade à segunda parte da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST. IV. Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST, e a que se dá provimento. (...) (ARR - 3677900-38.2007.5.09.0001, Relator Ministro: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 06/02/2019, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/02/2019) (grifei)

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. PERÍODO SUPERIOR A TRÊS ANOS. TRANSFERÊNCIA DEFINITIVA. A jurisprudência desta Corte trata como definitiva a transferência ocorrida por um período superior a três anos. No caso concreto, o reclamante prestou seus serviços na cidade de Campo Mourão/PR por mais de cinco anos e meio. Assim, fica evidenciado o caráter definitivo da transferência. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 817-71.2011.5.09.0594, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 31/05/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017) (grifei)

Contudo, há quem defenda a tese lógica de que provisória é a transferência que não é definitiva, não levando em consideração o tempo de permanência do empregado na localidade. Vólia Bomfim Cassar, em sua obra, Direito do Trabalho, coloca a seguinte questão:

“[...] o fato de o empregado ter sido contratado no Rio de Janeiro e permanecido transferido na França por 10 anos e depois ter retornado ao Rio de Janeiro, tudo por imposição do empregador, onde foi demitido, dá ao empregado direito ao recebimento do acréscimo salarial que correspondente ao adicional de transferência, durante o tempo que permaneceu em França. Isto é, não importa quanto tempo o empregado permaneceu transferido”.

Portanto, não existe um padrão fixo.

Mas, é irrelevante a discussão.

Em grego, a verdade (*aletheia*) significa aquilo que não está oculto, o não escondido, manifestando-se aos olhos e ao espírito, tal como é, ficando evidente à razão. Em latim, a verdade (*veritas*) é aquilo que pode ser demonstrado com precisão, referindo-se ao rigor e a exatidão. Assim, a verdade depende daquilo que se pode constatar, não obstante a postura crítica da análise, sempre necessária.

Aqui, a verdade está consubstanciada em um documento

apresentado pela parte ré que faz cair por terra a sua tese de que seria definitiva a transferência.

A ré, em correspondência enviada para o autor, apresentou em minúcias o detalhe de sua transferência. Nos prolegômenos desse documento consta a seguinte passagem que se faz de interesse para análise da questão. Transcrevo o texto apresentado por tradutor juramentado:

“Prezado Rodrigo,

Em nome do HSBC Bank Brasil SA Banco Mult (“o” ou “seu” “Empregador”) e sujeito à concessão e à manutenção de permissões de trabalho/residência adequadas e a quaisquer questões regulatórias, se aplicável, tenho o prazer de confirmar nossa oferta de transferência temporária internacional para a The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited (“HBAP HK” / a “Empresa do País de Destino”) na Região Administrativa Especial de Hong Kong nos termos e condições previstos abaixo (a “Transferência Temporária”). A data em que você assumirá suas atribuições na Região Administrativa Especial de Hong Kong será confirmada quando as aprovações de trabalho/residência e regulatórias necessárias, se aplicável, forem recebidas, porém está prevista para 20 de janeiro de 2012.

Com base no cumprimento das exigências de desempenho, prevê-se que você permanecerá na função designada por no mínimo três anos e no máximo cinco anos. Isso será discutido com você como parte dos termos e condições de alocação e será revisado anualmente como parte do processo de avaliação de desempenho. Você não deverá permanecer na função designada por um período superior a cinco anos.

Quando for necessário prolongar esse período, a aprovação do Chefe de Desempenho e Recompensa Regional da Empresa do País de Destino deverá ser obtida.”

E no item 15 do contrato que faz menção à duração, assim constou:

“15. Duração

Sujeito à rescisão de acordo com as disposições contidas abaixo na cláusula [191, espera-se que a duração da sua Transferência Temporária seja de no mínimo três anos e no máximo de cinco anos, com vigência a partir de 20 de janeiro de 2012. Qualquer período posterior, que estará sujeito a acordo entre a Empresa do País de Destino, o Empregador e você, poderá ser oferecido nos termos e condições aplicáveis aos funcionários contratados localmente.

Observe que, embora a intenção seja a de que a Transferência Temporária continue durante o período estabelecido acima, poderá ser necessário rescindi-la antes do previsto, sendo que, neste caso, você deverá retomar para o seu país de origem.” (ID. 1810a6b)

Na vida e no direito, a natureza das coisas e das relações não é dada pelo seu futuro, mas, seguramente, por sua origem e estrutura. O futuro, sabe-se, não rege o passado. É o passado que determina o futuro. Aqui, nada há que possa invalidar o contrato firmado entre as partes. A transferência era

provisória. Os termos do contrato estão todos firmados dentre da provisoriedade desta transferência.

O fato de o autor ter permanecido no exterior mais de três anos, não é fator determinante de uma suposta definitividade. Transitória a remoção, pois, assim foi prevista, tanto que retornou o reclamante, quando o chamou de volta o empregador. É dizer, foi definitiva a transferência enquanto durou. E, se não durou para sempre, então definitiva não foi, mas provisória.

Contudo, ainda que definitiva fosse transferência, o adicional poderia ser devido, pois se aplica ao trabalhador o artigo 2º da Lei 7.064/82 que não faz qualquer distinção nesse sentido.

Poderia ser devido, mas não o é.

Não se aplica ao caso o *caput* do artigo 469 da CLT, que prevê o pagamento do adicional de transferência no importe de 25%, posto que tal dispositivo legal é aplicável apenas aos trabalhadores transferidos para prestar serviços em localidade situada dentro do território nacional.

Vale citar, a propósito, a doutrina sempre abalizada de Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho – 16ª edição – ano 2017 – p. 1197): “As regras jurídicas especificadas no art. 469 da CLT aplicam-se, em princípio, exclusivamente a remoções operadas no próprio Brasil. Não se aplicam, portanto, a transferências de trabalhadores para o exterior do País. (...) Não fixa a CLT regras especiais às remoções para o exterior. Apenas a Lei n. 7.064, de 1982, é que trata com maior minúcia do tema. Contudo, o diploma normativo de 1982 direcionou-se, originalmente, somente às empresas prestadoras de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres (art. 1º, Lei n. 7.064/82). Com a nova redação promovida pela Lei n. 11.962/2009 estenderam-se as regras da Lei n. 7.064 a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior (art. 1º, Lei n. 7.064, conforme Lei n. 11.962/09.”

Assim, aplicável ao autor o disposto na Lei 7.064/82, que em seu artigo 4º prevê que “Mediante ajuste escrito, empregador e empregado fixarão os valores do salário-base e do adicional de transferência.”, sem a fixação de qualquer percentual mínimo, portanto.

Examinando o documento que traça a política de transferência temporária de funcionários para o exterior (ID. 1810a6b), constata-se que as verbas pagas ao reclamante possuem profunda relação com a sua transferência, senão vejamos:

“7. Ajuda de Custo da Transferência Temporária:

As ajudas de custo mostradas a seguir nos itens 7.1 e 7.2 serão incluídas no balanço patrimonial build up anexo, e o cálculo do seu Salário Líquido da Função Designada, 7.3 será feito de acordo com a política:

7.1 Ajuste de Custo de Vida (COLA) (Cláusula 1.2 da Política de 1S)

7.2 Ajuda de Custo de Área (Cláusula 1.3 da Política de 1S)

7.3 Verba para Automóvel com Base no País de Origem- Se você tem direito a verba para automóvel no seu país de origem, você será informado se essa verba permanecerá durante a Transferência Temporária. Se ela permanecer, será incluída no seu build up.

8. Remuneração Variável Discricionária e Remuneração Total (Cláusula 1.6 da Política de 1S. Durante a Transferência Temporária, você será elegível para participar de qualquer plano de remuneração variável discricionária do Grupo HSBC aplicável à sua função e ao seu nível na Empresa do País de Destino...”

Consoante ficou demonstrado neste feito, as referidas verbas foram pagas ao reclamante em razão da sua transferência para o exterior, a fim de minimizar as consequências de uma mudança para outro país, acarretando-lhe um acréscimo salarial, o qual, demonstram os documentos, era superior ao adicional de transferência pleiteado.

Bem se vê que as citadas verbas, além de benefícios outros concedidos (cláusulas 9 e 10 do mesmo contrato) cumpriram com a função do adicional de transferência, qual seja, a de compensar o trabalhador pela mudança de domicílio resultante da alteração do local de prestação de serviços.

Desta feita, entendo que o pagamento destas verbas suplanta o não pagamento do adicional de transferência, uma vez que lhes também faz às vezes, já que tinham por objetivo compensar o reclamante pela sua mudança de domicílio.

Acresça-se que o fato de o reclamante ter anuído com os termos da negociação de transferência materializadas no contrato acima citado e ante o disposto no artigo 4º da Lei 7.064/82 que possibilita às partes acordarem em relação ao adicional de transferência, tem-se que referido adicional foi pago ante a sua transmutação ou substituição pelas verbas acima citadas e que constituíram o complexo salarial percebido pelo trabalhador no exterior.

Por certo que este complexo cumpre (e até extrapola) a finalidade precípua do adicional de transferência pleiteado, a se considerar que proporcionou uma compensação financeira ao empregado que foi obrigado a se deslocar para novo local de trabalho, de forma provisória, atenuando os efeitos desgastantes de adaptação ao ambiente para onde foi removido.

Reforma a r. sentença, para excluir da condenação o pagamento do adicional de transferência.

RECURSO DO AUTOR RECOMPOSIÇÃO SALARIAL – PERÍODO DE TRABALHO NO RJ

Afirma o reclamante que não teria havido prescrição da pretensão ao recebimento de diferenças salariais decorrentes da supressão salarial havida após o término do período em que laborou na cidade de Rio de Janeiro. Sustenta que durante o período de trabalho no Rio de Janeiro, fez jus a diversos incrementos remuneratórios, substanciados em utilidades, tais como pagamento das despesas escolares de seus dois filhos, pagamento do aluguel de apartamento localizado em bairro nobre, pagamento de título de clube e automóvel com motorista e demais despesas, conforme valores já estimados na inicial e não impugnados em defesa, benefícios estes que deveriam ter sido incorporados à remuneração.

Entretanto, quando do retorno a São Paulo, em dezembro de 2005, diz o autor que a empresa simplesmente suprimiu

as mencionadas parcelas remuneratórias pagas “in natura”, ofendendo a preceitos legais ordinários e constitucionais de irredutibilidade (art. 468/CLT e inciso VI, art. 7º, da CF).

O Juízo de Origem declarou a prescrição da pretensão. E o fez com fundamento na Súmula 294 do TST, pois a alteração contratual teria ocorrido há mais de cinco anos.

Pois bem.

Não há se falar, no caso, em prescrição total do direito de ação por não se configurar ato único do empregador, mas, sim, ato lesivo que implicou violações sucessivas, cuja prescrição é parcial. Não se entende invocável o entendimento expresso parte inicial da Súmula 294 do TST, mas, o seu final. O direito às parcelas *in natura*, ao fundamento empregado pelo autor, decorreria de lei. Daí a subsunção do fato com a parte final já referida. Transcrevo o Enunciado a bem elucidar a questão:

Súmula 294 do TST: Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestação sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Veja-se que não se pronuncia a prescrição do chamado fundo de direito. Aqui, discute-se a nulidade (ou não) da supressão de parcelas *in natura*, bem como a natureza jurídica das mesmas. Imputa-se às parcelas recebidas a natureza salarial. A natureza da verba decorre do previsto em lei, de modo que já por esse motivo, não se haveria de falar em prescrição total. E mais. A se tratar de lesões sucessivas, que se projetam mês a mês, a prescrição é parcial. De ato único não se trata.

Veja-se que o contrato de emprego, bilateral, oneroso e do tipo comutativo, é de ser cumprido pelos contratantes nos moldes e nos limites do ajustado. Alterar um contrato é violá-lo. As modificações lesivas ao obreiro são nulas de pleno direito, quer por violarem vantagens asseguradas pela lei, quer sejam ajustadas entre as partes.

A norma do artigo 468 da CLT expressamente comina de nulidade (absoluta e não relativa) o ato do empregador que importe em restrição àqueles direitos originados no contrato. E sendo nulo, e não anulável, o ato do empregador que desrespeita a norma de ordem pública do artigo 468 da CLT, com atração do disposto no artigo 9º do mesmo diploma legal, de prescrição absoluta não se pode falar.

A imprescritibilidade é uma das propriedades do ato nulo. De resto, as ações de nulidade não prescrevem, segundo bem ressalta PONTES DE MIRANDA. Enfatiza o mestre, em seu “Tratado de Direito Privado”, Tomo 6º, p. 285:

“Não há prescrição à ação de nulidade, como não há prescrição da ação declaratória negativa ou positiva. O titular da ação de nulidade não precisa propô-la, basta que alegue a nulidade ao ter-se querido empregar ao ato jurídico algum efeito. Para evitar que se lhe atribua tal efeito, que o ato não tem, alega a nulidade, dando ensejo a que o juiz desconstitua o ato jurídico incidentemente, como poderia desconstituir de ofício. Não se compreenderia que o tempo apagasse o que o juiz não pode suprir, nem os próprios interessados ratificar.”

O direito, como tal, é imprescritível. A pretensão, que do direito emana, é que fica vazia de exigibilidade pelo decurso prescricional estabelecido. A prescrição alcança, assim, apenas os efeitos patrimoniais representados pelas prestações anteriores ao quinquênio de que trata o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, sendo certo que havendo violação continuada a direitos, que decorrem da prática de determinado ato, com desdobramentos no tempo, de ato único e de prescrição total não se pode falar.

Em conclusão, afastado a prescrição declarada pela Origem e passo à análise do mérito, por se tratar de matéria cujo enfoque é unicamente de direito.

Acrescento que ao afastar a prejudicial de prescrição e adentrar incontinenti ao mérito da demanda sem a devolução do feito ao Juízo a quo, não se está a perpetrar qualquer vilipêndio ou malferimento ao princípio do duplo grau jurisdicional, porque na ordem constitucional brasileira não há expressamente uma garantia ao duplo grau de jurisdição; apenas um prestígio a ele. Nesse sentido a lição do mestre Cândido Rangel Dinamarco (in Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2). O ensinamento continua atual mesmo como o novo CPC. Transcrevo sua doutrina, ante a relevância:

“Afaste-se desde logo a suspeita de que este princípio pe- que por inconstitucionalidade ao permitir um julgamento per saltum, ficando pois excluída a decisão da causa pelo juiz inferior - porque na ordem constitucional brasileira não há uma garantia do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal prestigia o duplo grau como princípio, não como garantia, ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas à imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da competência originária dos tribunais, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado. Em face disso, em princípio não é inconstitucionalmente repudiada uma norma legal que confine em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior”.

Veja-se que o CPC de 2015, por sua vez, arvorou sua condição de instrumento viabilizador de uma jurisdição efetiva, que assegurasse um acesso à Justiça não meramente formal, mas real; veículo de efetivação de direitos materiais. A solução do conflito e a segurança jurídica somente são atingidas quando o mérito é enfrentado.

Foi com esteio neste paradigma que o Código trouxe uma série de previsões, preexistentes e inéditas, voltadas para a viabilização do exame do mérito e para a flexibilização das exigências formais, mesmo em sede recursal, valendo colher como exemplos os artigos 76, 139, IX, 282, § 2º, 317, 321, 338, 352, 485, §§ 1º e 7º, 488, 932, parágrafo único, 938, § 1º a 4º, 941, 1.007, §§ 2º a 7º, 1.013, § 3º, II e IV, §4º, 1.017, § 3º, 1.024, § 5º, 1.025, 1.029, § 3º, 1.032 e 1.033.

Da análise do art. 1.013, § 4º, do Novo CPC, verifica-se que está ali expressamente consignada a possibilidade de que, ao reformar sentença fundada em prescrição ou decadência, o

Tribunal, ao afastar a questão prejudicial, julgue, se possível, o mérito, prosseguindo no enfrentamento das demais questões a ele pertinentes.

Não se trata, propriamente, da aplicação da chamada “teoria da causa madura”, já que como vê do art. 487, II, do Novo CPC, a prescrição e a decadência são inequivocamente questões de mérito. Ao reformar a sentença nelas fundada, e prosseguir na análise do *meritum causae*, o Tribunal estará apenas julgando em profundidade pretensão que já foi analisada pelo órgão a quo.

Por tal razão, muito antes da inserção do § 3º no art. 515 do CPC/73, por meio da Lei nº 10.352/01, a doutrina e jurisprudência (este Relator em alguns casos) já aceitavam que o Tribunal, ao reformar a sentença prolatada com base no art. 269, IV, prosseguisse no julgamento do mérito, desde que, é claro, o feito já estivesse suficientemente instruído.

Aqui, estando o feito em condição de imediato julgamento no que se refere ao pedido em questão, não se há de restringir a profundidade do efeito devolutivo do recurso ao que foi efetivamente tratado na sentença, mas a todo o material cognitivo que se mostra à disposição deste juízo.

Ao mérito, portanto.

Não vejo que se possa falar que os benefícios concedidos ao trabalhador por ocasião de sua transferência para o Rio de Janeiro possam ser considerados salário *in natura*.

O salário *in natura* ou também conhecido por salário utilidade é entendido como sendo toda parcela, bem ou vantagem fornecida pelo empregador como gratificação pelo trabalho desenvolvido ou pelo cargo ocupado. Trata-se de valores pagos em forma de alimentação, habitação ou outras prestações equivalentes que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornece habitual e gratuitamente ao empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT dispõe em seu artigo 458 que, além do pagamento em dinheiro, compreende-se salário, para todos os efeitos legais, qualquer prestação *in natura* que a empresa, por força do contrato ou por costume, fornecer habitualmente ao empregado.

Em 2001, o legislador visando à conformidade com a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, deu nova redação ao § 2º do artigo 458 da CLT, por meio da Lei 10.243/2001, não considerando como salário, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; seguros de vida e de acidentes pessoais e previdência privada.

Algumas destas parcelas estão justamente em discussão neste processo. Contudo, o determinante para se afastar a natureza salarial e, por consequência, a pretendida integração é a de que todas estas parcelas foram concedidas para o trabalho. Especificamente vinculados à posição e ao cargo a que fora nomeado e especialmente em decorrência de sua atuação no Rio de Janeiro, conforme consubstanciado no documento ID. 942a9ac.

RECOMPOSIÇÃO SALARIAL – PERÍODO EM HONG KONG

Insiste o autor no recebimento dos valores referentes às despesas com escola dos seus filhos e com moradia pagas pela ré no período em que trabalhou em Hong Kong e que teriam sido indevidamente suprimidas após o seu retorno ao Brasil.

Não lhe assiste razão.

Incontroverso que as vantagens mencionadas pelo reclamante foram concedidas pela reclamada em virtude da sua permanência em Hong Kong, tanto que o próprio reclamante reconhece que sempre arcou com tais despesas no período em que laborou no Brasil.

A improcedência do pedido tem como fundamento também as razões antes expandidas no tópico anterior.

Não fosse isso, no caso, a se tratar de transferência internacional, não haveria qualquer irregularidade na supressão do pagamento de tais parcelas quando do retorno do autor ao Brasil, posto que nos termos do artigo 10 da Lei 7.064/82 “as prestações *in natura*”, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidas após seu retorno ao Brasil.”

Nada a reformar.

REFLEXOS EM VERBAS RESCISÓRIAS

Prejudicada a análise do tópico em epígrafe diante da improcedência dos pedidos que pudessem culminar em integrações reflexas.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Pretende o autor a aplicação do IPCA-E como fator de correção monetária.

Pois bem.

Falta-lhe interesse em recorrer, pois não houve determinação em primeiro grau quanto ao índice a ser aplicado. Ao pretender o pronunciamento haveria a parte de ter interposto os necessários embargos declaratórios. A matéria está relegada, então, à fase de execução.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do autor para afastar a prescrição total no que se refere à pretensão alusiva à reparação fundada em recomposição salarial por ocasião da transferência para o Rio de Janeiro e, quanto ao mérito, com fundamento, no artigo 1.013, §4º, do CPC, julgar improcedente o pedido e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais entre o último salário pago em Hong Kong e o pago a partir do retorno ao Brasil e reflexos; bem assim o adicional de transferência e reflexos. Mantida, no mais, a decisão de Origem, por seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive quanto ao valor arbitrado à condenação.

FLÁVIO VILLANI MACÊDO

Relator

17ª TURMA**RECURSO ORDINÁRIO****PROCESSO TRT/SP Nº 1001193-42.2016.5.02.0050****ORIGEM: 50ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO****RECORRENTES: PULLMANTUR SHIP MANAGEMENT LTD., PULLMANTUR CRUZEIROS BRASIL LTDA., ROYAL CARIBBEAN HOLDINGS DE ESPAÑA, S L. e ROYAL CARIBBEAN CRUZEIROS BRASIL LTDA.****RECORRIDO: JAMISON ALMEIDA PASTOURA**

Trabalho em navio em cruzeiro marítimo. Legislação aplicável. Deve ser observado o princípio do centro da gravidade através do qual as regras de Direito Internacional Privado excepcionalmente deixarão de ser aplicadas quando a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. Hipótese em que o reclamante é brasileiro, foi contratado no Brasil e também prestou serviços em território nacional nos períodos em que não esteve embarcado, bem assim em mar territorial brasileiro em período em que esteve embarcado. Aplicação da legislação brasileira. Recurso das reclamadas a que se nega provimento nesse tema.

Recurso Ordinário das reclamadas, ID. 079f25a, contra a sentença de ID. ce34b06, complementada pela decisão de embargos de declaração de ID. 7d41012, em que o MM. Juízo de origem julgou procedente em parte o pedido. Discutem validade da prova testemunhal, honorários sucumbenciais e custas processuais, incompetência da Justiça do Trabalho para analisar e julgar o pedido, bem como questionam a incidência das leis brasileiras à relação jurídica em questão, unicidade contratual, remuneração, horas extras, intervalo interjornada, multa do art. 477 da CLT, justiça gratuita e questionamento.

Contrarrrazões, ID. 6870007.

Preparo, ID. 9a93a99, ID. 534bd27, ID. f896fff, ID. 364bd9d, ID. fe42bc3 e ID. f1df42c.

VOTO

Recurso adequado e no prazo. Preparo correto. Subscrito por advogado regularmente constituído (ID. 334b1fa). Preenchidos os pressupostos de admissibilidade. Conheço.

VÍCIO DE SENTENÇA. PROVA FALSA

Alegam as reclamadas que a testemunha Alessandra Lorenna Sumam faltou com a verdade quando foi perguntada se havia alguma proibição de prestar serviços a outras empresas, conforme provam um vídeo e o depoimento dela em outro processo. Por isso, requerem que seja desconsiderado o depoimento prestado pela testemunha, que a sentença seja anulada, bem assim seja determinada a investigação de falso testemunho.

Não têm razão.

As reclamadas inovam a lide quanto à alegação de que o depoimento da testemunha Alessandra colide com o prestado por ela em outro processo (n. 1002087-50.2017.5.02.0028), objetivo que esbarra na preclusão, tendo em vista que a matéria não foi suscitada em razões finais (ID. fcf8a00).

Outrossim, o vídeo indicado pelas recorrentes em razões finais não é suficiente para confirmar a ocorrência do crime de falso testemunho ou ainda a autorizar a desconsideração do depoimento da testemunha em questão, tendo em vista que apenas mostra a testemunha se apresentando em vários ensaios e espetáculos de dança.

Diante do exposto, mantenho a sentença.

INCOMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CASO

As recorrentes afirmam que os contratos de trabalho por prazo determinado firmados com reclamante foram cumpridos, em sua maioria, em temporada europeia e sul-americana, com o que alegam que a Justiça do Trabalho brasileira é incompetente para dirimir conflitos de contratos internacionais de tripulantes marítimos de cruzeiros, sendo, ainda, inaplicável à hipótese a legislação nacional, mas a Convenção do Trabalho Marítimo da OIT, ratificada por Malta - país da bandeira das embarcações em que trabalhou o reclamante. Acrescentam que a Lei 7.064/82 não se enquadra aos marítimos, pois os tripulantes são contratados por empregador/armador internacional, de país de bandeira internacional, para trabalhar em alto-mar, em águas sem jurisdição ou em múltiplas jurisdições/países.

Sem razão.

De fato, em navios que navegam em diversos países, em regra, aplica-se o princípio da territorialidade pelo critério da bandeira do navio, matrícula ou pavilhão da embarcação ou aeronave, isto é, a nacionalidade de quem explora a atividade econômica.

O fundamento, para tanto, é a Convenção Internacional de Direito Internacional Privado, adotada na Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, Cuba, e assinada em 20 de Fevereiro de 1928, aprovada no Brasil pelo Dec. Nº 5.647, de 08/01/1924 e promulgada pelo Dec. 18.871, de 13/08/1929.

Entretanto, a denominada regra tem uma exceção, inspirada no princípio do centro de gravidade, chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*. Essa teoria, que inclusive foi mencionada no recurso, consagra a premissa que de as regras de Direito Internacional Privado excepcionalmente não devem ser aplicadas quando se verificar uma ligação mais forte com outro direito.

Justamente a hipótese dos autos, em que há de ser aplicada a teoria do centro da gravidade.

O reclamante é brasileiro e foi admitido no Brasil para trabalhar como bailarino nos navios das reclamadas através de uma Companhia de Ballet, BIAL - BALLETO INTERNACIONAL ADRIANA LOCILENTO, localizada na cidade de São Paulo/SP, sendo irrelevante que posteriormente tenha atuado em águas internacionais ou mesmo vinculadas a outro país. Saliento, aliás, que há contratos firmados pelo reclamante em que o embarque ocorreu em Santos/SP, como mostram os documentos de ID. 0f7319f - Pág. 1 e ID. aa556c6 - Pág. 1, sem contar que entre os períodos em que não esteve embarcado, o reclamante prestava serviços na cidade de São Paulo/SP, ensaiando as coreografias que seriam apresentadas durante

os cruzeiros, situação que demonstra que houve prestação de serviços tanto em território nacional, bem assim em mar territorial brasileiro. Além disso, a legislação trabalhista é a mais favorável ao obreiro.

Lembro que justamente para que a lei trabalhista não fosse burlada, a Lei 7.064/82 foi alterada, para assim abranger contratos como o dos autos, de forma a considerar a prestação de serviços em águas internacionais ou estrangeiras como sendo situação de transferência de empregado brasileiro para o exterior, de modo a incidir a teoria do conglobamento por instituto para identificação das normas aplicáveis ao contrato neste período, elegendo a legislação brasileira, a mais favorável. À vista dessa nova realidade, o Tribunal Superior do Trabalho acabou corretamente cancelando a Súmula 207.

Sobre o tema, vale destacar os ensinamentos do I. Professor e Ministro do C. TST, Maurício Godinho Delgado:

“O contraponto entre o critério da territorialidade, inerente à Convenção de Havana, (Súmula 207), e o princípio da norma mais favorável referido pela Lei Especial n. 7.064/82 (originalmente aplicável somente ao segmento empresarial e trabalhista alinhado no art. 1º dessa lei) sempre impressionou os intérpretes e aplicadores da ordem jurídica. Afinal, o diploma especial de 1982 fixava, indubitavelmente, vantagem jurídica nítida em benefício dos trabalhadores por ele regulados, comparativamente aos regidos pelo antigo critério da territorialidade, oriundo de longínquo tratado internacional subscrito pelo Brasil. Em 2009, pela Lei nº 11.962 (Diário Oficial de 06.07.09) felizmente, eliminou-se a censurada diferenciação, ao se estenderem as regras da Lei n. 7.064/82 a todos os trabalhadores contratados no Brasil, ainda que por meio de um agência de recrutamento, ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior (novo art. 1º da Lei nº 7.064, conforme redação conferida pela Lei n. 11.962/09). A extensão, como se percebe, atinge não somente os dispositivos regentes da transferência e do retorno para o Brasil, mas também o próprio universo normativo regulador do contrato durante o período de permanência do obreiro no exterior. Nessa medida, o critério da territorialidade deixa de se aplicar às transferências de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no estrangeiro; tais contratos passam a se submeter à legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na Lei n. 7.064/82, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira, observado o conjunto de normas em relação a cada matéria (art. 3º, II, Lei n. 7.064).” (Curso de Direito do Trabalho, 10. ed., São Paulo: Ltr, 2011 – p. 239/240)

Nesse sentido também vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL PARA LABORAR EM OUTRO PAÍS - CRUZEIRO MARÍTIMO 1. A despeito de o art. 9º da Lei de Introdução às Normas

do Direito Brasileiro dispor que a regra geral de conexão se fixa pelo local em que se constitui a obrigação, em se tratando de obrigação trabalhista, a regra de conexão é fixada pelo local da prestação do serviço. Inteligência do art. 198 do Código de Bustamante. 2. Além disso, em decorrência do princípio do centro de gravidade (most significant relationship), as regras de Direito Internacional Privado somente deixarão de ser aplicadas quando, observadas as circunstâncias do caso, verificar-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. 3. No caso em tela, é incontroverso que a prestação do serviço se dava em embarcação privada (cruzeiro) de pavilhão estrangeiro, tendo a prestação de serviços ocorrido no Brasil e no exterior. 4. Identificado pelo acórdão regional que “a causa está intimamente conectada com o direito nacional, o que respalda a aplicação do princípio do centro de gravidade” (destaquei), impõe-se a aplicação da legislação nacional à hipótese. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO O processamento do Recurso de Revista, no ponto, somente seria possível mediante o revolvimento de fatos e provas (óbice da Súmula nº 126 do TST). DANOS MORAIS - JORNADA EXTENUANTE O único permissivo legal indicado é impertinente à controvérsia. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 118-32.2014.5.02.0445, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 12/12/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA - ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E SOB A ÉGIDE DO CPC/73 - LEI DE REGÊNCIA - EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL E TRANSFERIDO PARA PRESTAR SERVIÇOS NO EXTERIOR. 1. A Corte regional registrou que a autora foi contratada no Brasil, onde prestou serviços por longo período e, posteriormente, foi transferida para outra empresa do mesmo grupo em território estrangeiro. 2. Esta Corte, a partir da interpretação das Leis nos 7.064/82 e 11.962/2009, evoluiu o entendimento que culminou com a decisão proferida pelo Tribunal Pleno, pelo cancelamento da Súmula nº 207. 3. Ressalte-se que a referida Lei nº 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, em seu art. 3º, determina a aplicação da legislação brasileira aos empregados contratados no Brasil para prestar serviços no exterior. Agravo de instrumento desprovido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE - JORNADA DE TRABALHO - PREPOSTO - DESCONHECIMENTO DOS FATOS - CONFISSÃO FICTA. 1. O desconhecimento dos fatos da causa pelo representante legal da reclamada ou pelo preposto por ela indicado importa aplicação da confissão ficta, presumindo-se verdadeiros os fatos articulados pelo autor na inicial, sobre os quais não haja prova em contrário já produzida nos autos, uma vez que, a teor do § 1º do art. 843 da CLT, a representação patronal em juízo se faz por empregado que tenha conhecimento dos fatos, e cujas declarações obrigarão o proponente. 2. Assim, a decisão regional que afasta a aplicação da confissão ficta do preposto da reclamada sob o argumen-

to de que ele deixou de responder ao que lhe foi perguntado por motivo justificado, pois “não poderia depor sobre fatos ocorridos no exterior, já que nunca trabalhou no exterior”, viola o art. 350 do CPC/73. Recurso de revista conhecido e provido. REAJUSTES SALARIAIS - NORMAS COLETIVAS - EQUIPARAÇÃO SALARIAL - DANOS MORAIS. 1. Quanto aos temas, resulta rompida a dialética recursal, uma vez que a fundamentação do acórdão regional não é impugnada nas razões do apelo revisional. 2. Ausente a fundamentação específica que é exigida pelo art. 514, II, do CPC/73, reputo o apelo desfundamentado. Recurso de revista não conhecido. (ARR - 81700-27.2007.5.01.0025, Relator Desembargador Convocado: Francisco Rossal de Araújo, Data de Julgamento: 23/10/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL E TRANSFERIDO PARA PRESTAR SERVIÇOS NO EXTERIOR. Conforme a atual e iterativa jurisprudência do TST, o empregado contratado no Brasil e posteriormente transferido para prestar serviços no exterior não se submete, necessariamente, à legislação do país de prestação do serviço, em razão da observância do princípio da norma mais favorável ao empregado. Daí o recente cancelamento da Súmula n.º 207 pelo Tribunal Pleno desta Corte Superior Trabalhista. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR - 295-74.2010.5.03.0035, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 20/06/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 22/06/2012).

A Justiça do Trabalho, por isso, é competente para apreciar à demanda na forma do art.114 da Constituição Federal e ao caso deve ser aplicada a legislação brasileira, em particular as normas trabalhistas em vigor à época dos fatos, por se tratar de norma especial que prevalece sobre a geral. Os termos do art. 651, §2º, da CLT prevalecem sobre o art. 21 do CPC na forma da LINDB.

Por fim, ressalto que não se está aqui a criar precedente violador de convenções internacionais e discriminatório, como equivocadamente afirmam as recorrentes, mas sim, de interpretar as regras internacionais sobre o tema, primando pela correta aplicação do direito e do respeito à soberania nacional.

Mantenho.

VÍNCULO DE EMPREGO E UNICIDADE CONTRATUAL

Dizem as recorrentes que o próprio reclamante informou na exordial que firmou contratos por prazo determinado. Acrescentam que a CLT é inaplicável ao caso. Sucessivamente, alegam que a atividade realizada pelas recorrentes se enquadra perfeitamente na exceção prevista no art. 443, par. 2º, “b” da CLT, visto o caráter transitório dela. Por fim, requerem que seja declarada a prescrição bial em relação a cada contrato.

Sem razão mais uma vez.

Como visto no item anterior, ao caso se aplica a legislação nacional, com o que se apresenta inócua toda a alegação das recorrentes neste aspecto.

No mais, a única testemunha ouvida confirmou que a con-

tratação foi feita através de agência intermediária no Brasil (Companhia de Ballet) e que os documentos eram assinados no Brasil nos locais de ensaios e entregues à agência recrutadora, que era também a empresa que pagava os exames para a contratação:

“que os contratos eram assinados no Brasil no local do ensaio; que os documentos eram entregues no Brasil para a agência recrutadora; que caso assinados os documentos e feitos os ensaios não era possível não embarcar; que os exames para a contratação foram pagos pela agência recrutadora no Brasil.” (ID. a6f3ec8 - Pág. 3).

A testemunha ainda afirmou “que a depoente trabalhou com o reclamante de fevereiro a novembro de 2010 e de dezembro de 2014 a maio de 2015; que no período trabalharam embarcados, das 10h às 12h, e faziam apresentações, das 17h à 1h, todos os dias; que fora desses períodos prestou serviços em outros navios da primeira reclamado(s); que no tempo em que esteve desembarcada no Brasil não prestou serviços para outras empresas; que havia proibição de prestar serviços a outras empresas, porque era necessário participar dos ensaios; que em razão da indefinição do horário dos ensaios, não era possível prestar serviços para outras empresas; que não havia controle de jornada nos ensaios; que entre os cruzeiros, havia ensaios para os bailarinos cuja presença era obrigatória; que caso os bailarinos faltassem aos ensaios não embarcavam; que os ensaios iniciavam das 8h/9h/10h, ocorriam de segunda a sábado e tinha duração de 8 horas diária;” (ID. a6f3ec8 - Pág. 2/3), a comprovar, portanto, a presença dos pressupostos previstos no art. 3º da CLT, quais sejam a subordinação jurídica, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade, além da unicidade contratual.

Ressalto que o reclamante firmou vários contratos por prazo determinado (ID. 189e864 - Pág. 3) os quais sucediam a outros dentro do lapso de 6 meses, a atrair, portanto, a aplicação dos arts. 452 e 453 da CLT:

- 1) 27/05/2007 a 03/11/2007;
- 2) 30/01/2008 a 30/11/2008;
- 3) 30/04/2009 a 09/01/2010;
- 4) 30/01/2010 a 30/11/2010;
- 5) 24/02/2011 a 15/10/2011;
- 6) 01/11/2011 a 02/03/2012;
- 7) 04/04/2012 a 01/11/2012;
- 8) 07/12/2012 a 25/07/2013;
- 9) 02/09/2013 a 22/03/2014;
- 10) 01/04/2014 a 20/10/2014;
- 11) 03/12/2014 a 31/07/2015.

As reclamadas, de outra parte, não indicaram nenhuma testemunha em audiência - ID. a6f3ec8 - Pág. 3.

Desse modo, não se sustentam as alegações de que a atividade realizada pelas recorrentes se enquadra na exceção prevista no art. 443, par. 2º, “b” da CLT, nem se operou a prescrição bial em relação a cada contrato.

Correta, assim, a sentença.

REMUNERAÇÃO

Refutam as reclamadas o reconhecimento, pelo MM. juízo de origem, como remuneração recebida pelo reclamante, os recibos anexados, já que constam outras parcelas como horas extras, DRS's, leave pay e gorjetas. Acrescentam que as gorjetas não podem servir de base de cálculo para aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, e que o câmbio de conversão da moeda deve ser aplicado na época da contratação.

Não têm razão.

Os contratos de trabalho anexados pelas próprias reclamadas (ID. 8a6c18d e seguintes) e os demonstrativos de pagamentos (ID. de4f330 - Pág. 1 e seguintes) confirmam que o reclamante não recebia apenas salário fixo mais outras parcelas como horas extras, DRS's, licenças remuneradas e comissões, as quais devem compor a remuneração do obreiro nos termos do art. 457 com a redação vigente à época dos fatos.

Quanto às demais questões as reclamadas inovam a lide, objetivo que esbarra na preclusão, já que a matéria não foi mencionada em defesa - ID. b8ce626 - Pág. 53/55. Anoto, inclusive, que sequer há menção nos autos de recebimento de gorjetas.

Nesse contexto, se a matéria não foi alegada pelas recorrentes e, por consequência, não foi decidida em sentença, não pode agora ser devolvida com o recurso.

Mantenho.

JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. INTERVALO INTERJORNADA

Sustentam as recorrentes que a jornada acolhida pelo MM. juízo de origem é absurda, vez que não corresponde à realidade vivenciada pelo obreiro. Que foram anexadas folhas de ponto aos autos as quais demonstram as jornadas efetivamente cumpridas. Que as horas extras eram quitadas considerando a Convenção do Trabalho Marítimo da OIT (MLC de 2006) e que não há previsão de pagamento de adicional noturno ao contrato de trabalho do reclamante, bem assim que o desrespeito ao intervalo do art. 66 da CLT não dá ensejo ao pagamento de horas extras.

Nesse ponto dou razão às reclamadas, embora apenas em parte.

É obrigação do empregador manter registro da jornada de trabalho dos empregados, nos termos do art. 74 da CLT.

No caso, em relação aos períodos em que o reclamante não estava embarcado, em que pese a ausência de registro da jornada, o próprio obreiro confessou em audiência “que os ensaios ocorriam das 9h às 18h, com 1h/1h30 de intervalo para refeição, de segunda a sexta-feira;” (ID. a6f3ec8 - Pág. 2), o que revela que não havia extrapolação dos limites diário de 8 horas e semanal de 44 horas previstos na Constituição Federal, tampouco o desrespeito ao intervalo intrajornada previsto do art. 66 da CLT.

Em relação aos períodos em que o reclamante esteve embarcado, as reclamadas anexaram aos autos os controles de jornada (ID. 0f2245d e seguintes) e não há razão alguma para desmerecê-los.

O cartão de ponto é o instrumento adequado para esclarecimento da controvérsia sobre horário de trabalho, de sorte que só pode ser neutralizado mediante prova segura e consistente em contrário, que não foi produzida nos autos.

O depoimento da única testemunha ouvida, nesse tema, não é suficiente para afastar a validade dos cartões. Primeiro porque ela só trabalhou com o reclamante em duas temporadas, “... de fevereiro a novembro de 2010 e de dezembro de 2014 a maio de 2015;” (ID. a6f3ec8 - Pág. 2). Além disso, a jornada por ela descrita é muito semelhante a anotada nos controles, os quais demonstram que o obreiro cumpria sua carga horária no período que variava entre 18h e uma hora da manhã seguinte, período em que ocorriam as apresentações de dança nos navios.

Dessa forma, prevalecem, as anotações lançadas nas folhas de ponto anexadas pelas reclamadas, as quais mostram horários de entrada e saída variáveis, bem como foram preenchidos e assinados pelo próprio empregado, tudo a indicar, portanto, que retratam a efetiva jornada de trabalho cumprida. Anoto, por fim, que os horários registrados estão descritos em números, bem assim os dias e o período a que se referem, de modo que os controles tais como apresentados não necessitam de tradução para serem interpretados.

Assim, considerando que os registros também demonstram que, em regra, não havia a extrapolação dos módulos diário e semanal previstos na Constituição Federal, tampouco o desrespeito ao intervalo de 11 horas entre as jornadas, cabia ao reclamante apontar eventuais diferenças a seu favor, nos termos do art. 818, inciso I, da CLT, pois se trata de fato constitutivo do seu direito.

Mas desse ônus não se desincumbiu, como se vê em réplica - ID. 06fb876.

No mais, a discussão relacionada à incidência da legislação brasileira ao contrato em questão encontra-se superada pelos motivos já apresentados. As normas invocadas pela defesa são inaplicáveis ao caso, sendo por isso devido o adicional noturno, que, todavia, deve ser calculado com base nos controles de ponto anexados, em razão do reconhecimento da validade deles.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para determinar que o adicional noturno seja calculado com base nos controles de ponto anexados, bem como para excluir da condenação as horas extras e reflexos deferidos, ficando, por consequência, prejudicado o recurso quanto à dedução de valores pagos sob os mesmos títulos.

MULTA DO ART. 477 DA CLT

Aduzem as reclamadas que o pedido da multa em questão foi feito em relação a cada contrato, o que se mostra contraditório com o pedido de unicidade contratual e enseja a extinção da pretensão sem julgamento de mérito. Sucessivamente, afirmam que a legislação brasileira não é aplicável ao caso, mas, sim a legislação da bandeira dos navios nos quais o reclamante prestou serviços.

Sem razão.

Mais uma vez as reclamadas inovam a lide ao requererem a extinção do pedido sem julgamento do mérito quanto ao pedido em questão, objetivo que esbarra na preclusão, já que nada disso foi tratado em defesa (ID. b8ce626 - Pág. 81/82).

Ademais, a discussão relacionada à incidência da legislação brasileira ao contrato de trabalho do reclamante encontra-se superada.

Outrossim, ainda que a discussão do vínculo se pautem em controvérsia razoável, como no caso, isso não altera o fato de que verbas rescisórias deferidas deixaram de ser pagas no prazo legal.

Certo, ainda, que esta Corte adota, em casos como o dos autos, entendimento diverso, nos termos da Súmula 33, todavia, ele não prevalece mais na jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do país, consoante Súmula 462 a qual me curvo.

Por fim, ao se considerar o reconhecimento da unicidade contratual, houve, apenas, a condenação de uma multa referente a um único contrato, com o que o recurso é desnecessário nesse aspecto. E como já visto acima, as recorrentes também inovam a lide no que diz respeito à data de cotação do dólar.

Mantenho.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Pretendem as reclamadas a condenação de honorários sucumbenciais com fundamento no art. 791-A da CLT, inserido na CLT por força da Lei 13.467/17.

Todavia, não é mesmo o caso de condenação aos honorários advocatícios de sucumbência previstos no art. 791-A da CLT, tendo em vista que essa ação foi ajuizada em 29 de junho de 2016, antes, portanto, da alteração promovida pela Lei 13.467/2017, vigente a partir de 11 de novembro de 2017.

No que se refere ao direito intertemporal, são princípios gerais a irretroatividade das leis e a aplicabilidade imediata da lei nova.

Em relação à aplicação da lei processual no tempo, surgiram na doutrina três teses que merecem menção: a) da unicidade contratual; b) das fases processuais; e, c) do isolamento dos autos processuais.

Interessa-nos para a análise do litígio que na doutrina brasileira prevalece a terceira teoria, qual seja, a teoria do isolamento dos atos processuais.

Segundo tal teoria, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos, de modo que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado.

Seria, grosso modo, a aplicação do princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado.

É dizer, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

Ainda que não exista previsão expressa sobre a questão intertemporal na Consolidação das Leis do Trabalho, o referido regramento seria plenamente aplicável ao processo do trabalho for força do disposto no art. 769 da CLT.

Contudo, situações há em que em que existe certa confluência entre o direito processual e o direito material, falando-se então em institutos de natureza híbrida.

Justamente, estes institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal.

Perfeitamente elucidativo o artigo publicado na revista LTr de dezembro de 2017 de autoria do Professor Jorge Pinheiro Castelo.

Cita o renomado autor que *“estes institutos bifrontes estabelecem situações processuais que se exteriorizam para fora do processo e dizem respeito a vida das pessoas no plano material.”*

Adiante, acentua que *“a aplicação da lei nova que elimine, restrinja ou agrave de forma desarrazadamente pesada a efetividade das situações de vantagens criadas por essas normas bifrontes violam diretamente as garantias de preservação da estabilidade e segurança da posição jurídica dos sujeitos processuais e de direitos adquiridos garantidos na Constituição e na lei, comprometendo gravemente ou fatalmente o direito de acesso à justiça e anulando os direitos propriamente materiais dos litigantes, que estariam garantidos contra a aplicação da lei nova por conta da garantia constitucional da irretroatividade das leis (inciso XXXVI do artigo 5º da CF).”*

É esta justamente a hipótese dos honorários advocatícios de sucumbência (art. 791-A). Mas não só. Também a questão relacionada à concessão dos benefícios da justiça gratuita ao trabalhador (art. 790, §§3º e 4º) encaixa-se perfeitamente nesse contexto.

É fato que o Superior Tribunal de Justiça, após o advento do CPC/15, ao tratar da questão específica dos honorários advocatícios, reconheceu a sua natureza híbrida, no julgamento REsp 1.465.535/SP:

No julgamento do referido Recurso Especial, afastando a regra da aplicação imediata prevista no art. 14, do CPC/15, com a separação dos atos processuais, o Superior Tribunal de Justiça, com escólio nas lições de Chiovenda, entendeu que a sentença seria o marco processual para eleição da legislação aplicável, uma vez que o direito aos honorários somente teria surgido com a sua prolação, sendo esta considerada o nascedouro da obrigação, entendendo-a como constitutiva.

Saliente-se que o referido posicionamento teve efeito de excluir a incidência da fixação dos honorários em fase recursal, conforme previsto art. 85, §11º, do CPC/15, atendendo-se ao princípio da não surpresa (art. 10, do CPC/15), conforme se extrai do julgado:

Penso, contudo, após estudo mais aprofundado da questão, que apesar do reconhecimento da natureza híbrida dos honorários de sucumbência, o ideal seria que a questão pertinente ao marco temporal para a seleção da legislação aplicável aos honorários, fosse o do ajuizamento da ação, e não o da prolação da sentença.

Isso porque, toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei.

(WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

Neste ponto, a doutrina tem feito menção à Teoria dos Jogos, conforme artigo publicado no site jurídico - <https://www.jota.info/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017> - de autoria de Fabrício Lima Silva.

Segundo esta teoria, deve-se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz.

Aqueles que defendem a Teoria do Jogos sustentam que é imprescindível que parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a possibilidade de previsibilidade para avaliação das condutas processuais a serem adotadas.

Desta forma, não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A da CLT.

E isso faz todo o sentido. A Teoria do Jogos defende justamente isso: entender que uma decisão não é independente e ambos os ganhos dependem da combinação de muitas ações em cadeia até chegar em um equilíbrio. É o chamado Equilíbrio de Nash, em homenagem a John Nash Jr, prêmio Nobel de 1994, personagem de Russell Crowe, no filme Uma Mente Brilhante.

O Equilíbrio de Nash é definido por Gremaud e Braga da seguinte maneira:

O conceito de equilíbrio (ou solução) de Nash é também conhecido como o de não arrependimento. A combinação de estratégias escolhidas leva a um resultado no qual nenhum dos jogadores individualmente se arrepende, ou seja, esse jogador não poderia melhorar a sua situação unilateralmente modificando a estratégia escolhida. Numa situação em que se utiliza o conceito de Nash, um jogador escolhe a melhor estratégia, dada a escolha do outro (Teoria dos Jogos: Uma Introdução em PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). Manual de Economia. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.).

Veja-se, a conduta de aplicar o artigo 791-A da CLT, com sua nova redação aos processos ajuizados antes da ação, implicaria comprometer a estratégia da parte autora e mesmo a linha de defesa, alterando as regras no curso do embate processual.

Ora, isso antes de tudo, caracterizaria, a meu ver, uma afronta ao disposto no art. 10 do CPC vigente, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

É dizer, a ponderação custo e benefício que pauta a escolha da parte quanto à conduta a ser adotada no processo não pode sofrer posterior alteração que poderia influenciar aquela escolha pelo simples fato de que a escolha já foi exercida.

Não se pode impor uma lei nova que altere as regras da responsabilidade programadas pela lei vigente ao tempo da pro-

positura da ação, ou seja, que se imponha ao sujeito ao qual não existia a previsão de condenação em honorários advocatícios – considerando a jurisprudência consolidada nos tribunais ao tempo da propositura da demanda – possa ele ser sancionado com obrigação e encargos novos.

Enfim, aplicar esse novo regramento do art. 791-A que determina o pagamento de honorários advocatícios aos processos pendentes, ou seja, com relação a situações criadas na vigência da lei anterior seria um ultraje à garantia constitucional da irretroatividade que deve ser impor na aplicação da lei nova, a preservar situações já consumadas, respeitando com isso o direito de acesso à justiça, o ato jurídico perfeito e o contraditório, preservando-se à segurança jurídica em todas as situações nas quais a imposição da nova lei atenta contra essas situações já consumadas, inclusive, em atendimento à garantia do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF).

Nesse sentido, aliás, é o art. 6º da Instrução Normativa 41/2018 do Tribunal Superior do Trabalho, recentemente editada:

“Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.”

Diante do exposto, mantenho a sentença.

JUSTIÇA GRATUITA

Mantenho a sentença também nesse ponto.

Nos termos dos arts. 790, par. 3º, da CLT, vigente à época do ajuizamento da ação, 14, par. 1º, da Lei 5.584/70 e 4º, Lei 1.060/50, os benefícios da justiça gratuita, no processo do trabalho, devem ser concedidos ao empregado que se declarar pobre na acepção jurídica do termo. Nesse sentido, a Súmula 5 deste Tribunal, e o item I da Súmula 463 do Tribunal Superior do Trabalho.

No caso em apreço, e como se vê no documento de ID. 5de-34ba - Pág. 2, o reclamante declarou não ter condições de arcar com as custas do processo, o que é suficiente para o deferimento do benefício.

PREQUESTIONAMENTO

Todas as normas e súmulas invocadas foram devidamente consideradas na análise do recurso de forma direta ou indireta, não sendo devido nenhum esclarecimento adicional, nos termos da OJ 118 da SbdI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para determinar que o adicional noturno seja calculado com base nos controles de ponto anexados, bem como para excluir da condenação as horas extras e reflexos deferidos, nos termos da fundamentação do voto do Relator. Custas inalteradas.

FLÁVIO VILLANI MACÊDO

Relator

SENTENÇA

75ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
PROC: 1002232-96.2016.5.02.0075

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou Ação Civil Pública em face de **ALBATROZ SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA**.

Requer condenação da ré a dar cumprimento a cota estabelecida no artigo 93 da Lei nº 8.213/91 e indenização por danos morais coletivos.

Negada a antecipação de tutela requerida, a ré apresenta defesa escrita com documentos e sem preliminares.

No mérito afirma-se que a cota em questão não pode ser calculada sobre o número total de empregados, dada a peculiaridades da atividade que exercem.

Diz ainda que não obteve êxito em dar cumprimento à norma pela falta de pessoal que possa exercer tais atividades no mercado de trabalho, não havendo que se falar em dano moral coletivo.

O Ministério Público se manifesta sobre a defesa e documentos, inclusive sobre aqueles juntados posteriormente à defesa, por determinação do Juízo.

Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais remissivas. Inconciliados.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO PREÂMBULO NECESSÁRIO.

Entende-se inaplicável o artigo 489, VI do novo CPC por violar o disposto no artigo 93, IX da CF/88 quanto à observância obrigatória de decisões judiciais.

A CF/88 estabelece a obrigação de observância das decisões do STF nas ADI's e ADC's (artigo 102, § 2º), Súmulas Vinculantes do STF (artigo 103-A), e das decisões do CJF (artigo 105, § Único, II) e do CSJT (artigo 111-A, § 2º, II).

Assim, nos estritos termos do estabelecido na CF/88, somente estas decisões gozarão de eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário.

E não há delegação de competência à legislação complementar ou ordinária para estabelecer os casos em que o Juiz estaria jungido à determinada jurisprudência ou súmula.¹

Ademais, o Juiz ainda é dotado de alguma autonomia intelectual razão pela qual, excluídas as súmulas vinculantes, pode decidir em sentido oposto às demais súmulas, à jurisprudência e aos precedentes.²

Quanto ao aspecto processual, ajuizada a demanda antes da vigência da Lei nº 13.467/17, é a mesma, via de regra,

1. "(...) o referido inciso é inconstitucional, pois viola a liberdade de convicção do julgador, já que o Magistrado só está obrigado a acatar a jurisprudência quando a Constituição Federal o obriga." Mauro Schiavi em seu Manual de Direito Processual do Trabalho, de acordo com o novo CPC - Editora Ltr. - 10ª edição, 2016 - pag. 799

2. (Manoel Antonio Teixeira Filho em "Comentários ao Novo Código de Processo Civil" - Ed. LTr - 2ª Edição - 2016 - pag. 490)

inaplicável à hipótese dos autos, já que nenhuma regra expressa trouxe relativa à aplicação da lei no tempo.

Isto porque a teoria dos atos processuais isolados deve ser conjugada com o princípio *tempus regit actum*, razão pela qual há de se respeitar as fases procedimentais já superadas ou em curso.

Devem ser verificados os momentos processuais isoladamente, tais como o ajuizamento da ação, a citação, a resposta do réu, etc. para se determinar qual a lei processual vigente à época em que cada ato processual se realizou.³

Assim, aplicar a nova lei constituiria novidade e risco não aquilatado pela partes quando decidiram demandar, não podendo essa avaliação de risco ser sequer substituída pelo conhecimento técnico dos advogados.

No mesmo sentido, eventuais incidências relativas a aspectos puramente processuais do novo regramento (artigos 843, § 3º e 818, § 2º da CLT, p. ex.), serão apreciadas nos respectivos tópicos desta sentença.

Registra-se que o artigo 2º da MP 808 estabelecia regramento de aplicação do referido diploma legal apenas no que tange ao aspecto material e em relação aos contatos em vigor à época da edição da lei.

Por fim (artigo 10 do CPC), registro que Embargos de Declaração opostos para questionar a não aplicação de decisões não descritas no segundo parágrafo deste tópico serão considerados protelatórios e de má-fé.

DIRETO AO MÉRITO. DA COTA A SER CUMPRIDA.

O artigo 93 da Lei nº 8.213/91 estabelece que:

"Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:"

Ora, a determinação em questão é endereçada a toda e qualquer empresa com mais de 100 empregados, não fazendo qualquer exceção.

Somente por alteração legislativa poderia se estabelecer que a base de cálculo de tal percentual seria formada apenas pelo total de postos compatíveis com os portadores de deficiência.

Eventual dificuldade na contratação de tais profissionais não pode ser óbice à realização do direito fundamental estampado na norma em questão.

Na hipótese dos autos há que se considerar que a lei data do longínquo ano de 1991 e a ré comprova poucas tentativas de alcançar a cota apenas após 2013/2014 (ID. 798c585).

E isto depois de ter o Ministério Público do Trabalho enviar esforços no sentido de forçar o cumprimento de tal diploma legal, após longo inquérito para apuração dos fatos.

E mais.

Não se pode esperar que apenas o Estado envie esforços para dar cumprimento aos direitos garantidos constitucionalmente aos trabalhadores em questão:

3. Eduardo Cambi, Adriane Haas e Eduardo Hoffmann em - Direito Intertemporal Ed. Juspodium - 1ª Edição, 2016 - fls. 174/175

"O paradigma da inclusão social tem como princípios ou fundamentos: a celebração das diferenças, o direito de pertencer, a valorização da diversidade humana, a solidariedade humanitária, a igual importância das minorais, a cidadania com qualidade de vida, a autonomia, a independência, o empoderamento, a equiparação de oportunidades, o modelo social da deficiência, a rejeição zero, a vida independente. De há muito já se construiu, no plano da doutrina, a ideia de eficácia horizontal dos direitos humanos, que exige a efetiva participação da sociedade na inclusão de todos. O que já foi, em tempos pretéritos, obrigação apenas do Estado, exigível verticalmente, agora é dever do tecido social. Esta obrigação não se restringe a admitir quem esteja disponível no mercado, mas, se necessário, implementar o preparo técnico dos deficientes e reabilitados, para dar cumprimento à importante política de ações afirmativas, que revela cumprimento das promessas constitucionais fundamentais." (TRT/SP - 01615000620075020081 (01615200708102001) - RO - Ac. 14ªT 20110310904 - Rel. MARCOS NEVES FAVA - DOE 30/03/2011

A ré é uma das maiores empresas do ramo, com mais de 10 mil empregados, razão pela qual deve, ela mesma, implementar o preparo técnico de deficientes e reabilitados.

E, como consta da inicial, a jurisprudência consolidada no TST consolidou o entendimento no sentido de que a norma em questão não comporta exceções no seu âmbito de aplicação.

Entende o TST que deve ser a mesma aplicada a toda e qualquer empresa que se enquadre no percentual previsto, inclusive nas atividades de vigilância.

Portanto, resta procedente o pedido de que a ré considere todos os seus empregados para apurar a cota em questão e cumpra a cota no prazo de 180 dias a contar da ciência da decisão.

Isto porque se trata de obrigação legal em vigor há mais de 20 anos e que até a presente data não foi implementada, integralmente, pela ré.

E, como consta do site da ré na internet (<http://grupoalbatroz.com.br/quem-somos.php?pag=qm>) esta conta com 27 anos de atividade.

Nem mesmo após inquérito que durou cerca de dois anos sob a conduta do Ministério Público logrou êxito a ré em demonstrar efetivas tentativas de contratação de tais empregados.

Os meros anúncios em jornais de alguma circulação à procura de interessados não supre a necessidade de que implemente conduta positiva no sentido de obter tal mão de obra.

E o prazo de 180 dias é plenamente suficiente para que se providencie, junto às instituições responsáveis pela formação destes profissionais, a realização de cursos de preparação.

É que, nos moldes da Portaria 3233/2012 do Diretor Geral da Polícia Federal, a carga horária de tal curso será de 200 horas aula, podendo ocorrer diariamente no máximo por 10 horas diárias.

No mesmo sentido, completada a cota em questão, deverá ser mantida nos termos do artigo 93, § 1º da mesma Lei nº 8.213/91, com a contratação de outro empregado nas mesmas condições.

Descumpridas tais obrigações de fazer incidirá multa diária de R\$ 500,00 reversíveis ao FAT por empregado com deficiência/reabilitado que faltar para o cumprimento da reserva.

DO DANO MORAL COLETIVO.

A boa doutrina ensina que:

*"O dano moral coletivo corresponde à lesão a interesse ou direitos de natureza transindividual, titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), em decorrência da violação inescusável do ordenamento jurídico."*⁴

Trata-se de instituto jurídico que objetiva a tutela de direitos e interesses transindividuais, os quais, quando violados, também reclamam responsabilidade civil.

Surgiu da evolução do próprio conceito de dano moral e a partir do reconhecimento de que uma determinada comunidade é titular de valores que lhe são próprios.

Valores estes que não se confundem com a tutela subjetiva individual dos indivíduos que a compõem, como decorrência natural da transformação pela qual passa o Direito e são de natureza indivisível.⁵

Nesse sentido há que se considerar que, deixar de cumprir o diploma legal em questão por mais de 20 anos aguardando a fiscalização para sair da inércia é desvirtuar a intenção da norma.

Intenção esta que não é outra senão inserir no mercado de trabalho, já tão competitivo, trabalhadores que necessitam da proteção de toda a sociedade por sua própria condição especial.

Patente, portanto, a existência de dano indenizável causado à coletividade dos empregados deficientes e/ou reabilitados que não foram contratados pela ré.⁶

Contudo, a indenização em debate tem natureza compensatória e é de difícil mensuração, devendo o Juízo pautar-se pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Deve-se considerar a gravidade da conduta e a extensão do dano, o tempo no qual deixou a ré de sequer tentar cumprimento à norma e o potencial econômico da ré.

Assim postas as coisas entende o Juízo que o montante pleiteado pelo autor não é capaz de deixar claro o intuito pedagógico da sanção.

Punir empresas como a ré com quantia semelhante à requerida é fazer com que opte por continuar a levar a termo a conduta de inércia acima descrita.

Como consta de seu site na internet, a ré atua em bancos, e instituições financeiras, autarquias, escolas, universidades, condomínios residenciais e empresariais.

Presta serviços ao Banco do Brasil, Itaú, FUNDAÇÃO CASA, INSS, Sabesp, SPTRANS, Município e Estado de São

4. Xisto Tiago de Medeiros Neto (*in*Dano Moral Coletivo, São Paulo: LTr, 2014, p. 172)

5. PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-117400-47.2005.5.14.0001

6. (TST - RR 85300-24.2006.5.03.0029, 2ª Turma, Relator: JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, J.02/04/2014).

Paulo, Detran, e Furnas dentre muitos outros.⁷

Nesse sentido entende o Juízo ser devido o montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à título de indenização pelos mais de 20 anos de descumprimento da norma.

Não se desconhece que o pedido da inicial foi de valor não inferior a R\$ 980.000,00.

Contudo, o CPC de 2015 (artigo 324, II) repetiu a permissão ao pedido genérico do artigo 286, II do CPC de 1973 quando não for possível, desde logo, determinar as conseqüências do ato ou do fato.

Assim, remanesce a lição de Ada Pellegrini Grinover de que o autor pode deixar, desde logo, de quantificar sua pretensão desde que faça a correta e adequada exposição dos fatos e da qualificação jurídica dos mesmos.

Ou seja, em se tratando de dano moral, o pedido pode ser manifestado de forma genérica, sem que daí resulte qualquer ilegalidade, violação da inércia da jurisdição ou do contraditório.

Nesses casos o valor da causa resolve-se por via de estimativa unilateral do reclamante, que se sujeita ao controle jurisdicional, remarcando ainda por sua provisoriedade.

Não se pode exigir, como diz a ilustre autora, muito menos sob pena de indeferimento que, já na inicial, indique-se o valor exato que pretende à título de indenização.

Fazer isso seria, ainda que reflexamente, violar a própria regra de proporcionalidade que deve presidir a quantificação do dano moral, porque esse elemento somente poderá ser aferido no curso do processo.

Logo a **sentença**, em que pese esteja adstrita ao pedido, **poderá inclusive condenar o requerido por valor superior ao indicado na inicial** sem que isso represente qualquer ofensa ao contraditório.

A quantificação do montante devido resultará dos elementos colhidos na instrução do feito, mediante amplo debate em contraditório, já que o pedido poderia ser, inclusive, genérico, sem a indicação de valor.⁸

Por fim, nos termos do pedido, tal quantia será destinada a associação LARAMARA, que atua desde 1991 na assistência à pessoas com deficiência, inclusive com encaminhamento ao mercado de trabalho (<http://laramara.org.br>).

DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Quanto à indenização por danos morais a correção monetária incidirá a partir da data do arbitramento do montante devido sob este título, pois é nesse momento que a verba tornou-se legalmente exigível.

Isto porque, nestes casos, não há prejuízo aferível, mas, sim, estimado ou presumido razão pela qual o dever de indenizar está atrelado à decisão judicial que institui o dano e o quantifica.

Por conseqüência lógica, não se poderia afirmar que o ofensor estaria inadimplente, exigindo-lhe juros de mora a

contar do suposto evento danoso, incidindo o artigo 883 da CLT quanto aos juros (Súmula 439 do TST).

Têm natureza indenizatória o dano moral e os juros de mora, razão pela qual não há que se falar em recolhimentos previdenciários e fiscais

DISPOSITIVO

Ante o exposto, restam **PROCEDENTES OS PEDIDOS** da inicial nos termos da fundamentação supra que este *decisum* integra.

Deverá a ré dar cumprimento a cota do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 (e observar o art. 93, § 1º da mesma Lei) considerando todos os seus empregados em 180 dias após a ciência da presente sob pena de multa diária de R\$ 500,00.

Também deverá arcar com indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 5.000.000 (cinco milhões de reais) a ser revertida à associação LARAMARA.

Custas de R\$ 100.000,00 sobre R\$ 5.000.000,00 pela ré.

Ré ciente nos termos da Súmula 197 do TST.

Intime-se o autor e a União nos termos da lei.

DANIEL ROCHA MENDES

Juiz do Trabalho

SENTENÇA

PROCESSOS N. 1002518-13.2017.5.02.0472

RITO: Especial

DEMANDANTE: Ministério Público do Trabalho

DEMANDADO: General Motors do Brasil Ltda.

DATA: 30.10.2018 (3ª feira). HORA: 08h00

JUIZ DO TRABALHO: Igor Cardoso Garcia

Na data e no horário acima assinalados determinei a abertura da presente sessão (CLT, art. 765), com vistas à prolação da seguinte sentença:

I – RELATÓRIO.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da demandada, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional sem a oitiva da parte contrária, decorrente de fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que constatou irregularidades com relação ao número de cotas na contratação de aprendizes. Em razão disso, o Ministério Público do Trabalho instaurou Inquérito Civil sob o nº 000243.2009.02.001/4, sendo que, após a juntada de documentos pela empresa, constatou que esta deixou de contratar 140 aprendizes na filial de São Caetano do Sul, pelo que requereu, em suma: (i) a concessão de tutela de evidência para que a demandada contrate o número de aprendizes conforme número de cotas previsto em lei específica; (ii) após a concessão da tutela de evidência, a citação da requerida, com o julgamento final procedente, além de sua condenação ao pagamento de reparação por danos morais coletivos no valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Com a inicial vieram aos autos diversos documentos. A demandada apresentou contestação escrita (Id. bf91a0b), resistindo aos pedidos contidos em petição inicial. Juntou documentos. Foi dispensado o interrogatório das partes e encerrada a instrução processual. O juízo indeferiu o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (Id. 877effc). As partes apresentaram razões finais escritas, restando prejudicadas as propostas conciliatórias oportunamente ofertadas. É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

a) Incompetência territorial.

O demandante aduz pleitos relativos às unidades da demandada em São Caetano do Sul e Mogi das Cruzes, ao passo que esta afirma inexistir competência territorial deste Juízo.

Os danos alegados pelo MPT ocorreram neste Município e também em Mogi das Cruzes, o que os configura regionais, de sorte que a competência entre os Juízos de ambos os municípios é concorrente.

Destaco o que estabelece a OJ 130 da SBDI-2 do Eg. TST:

“OJ-SDI2-130 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93.

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela

extensão do dano.

II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das Varas do Trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.” (grifos nossos)

Logo, considerando que o alegado dano é de abrangência regional – São Caetano do Sul e Mogi das Cruzes -, este juízo é prevento, na forma da OJ 130, II e IV, da SBDI-2 do Eg. TST, assim, competente para analisar o tema quanto às unidades fabris deste Município e também de Mogi das Cruzes/SP. Portanto, rejeito a preliminar.

b) Pressuposto processual. Inépcia da petição inicial. Inadequação da via processual eleita. Requisitos ao trâmite.

As causas de pedir e os pedidos do demandante estão descritos de maneira inteligível na exordial, possuindo todos os requisitos ao seu regular trâmite, sendo atendidos o disposto no art. 840, § 1º da CLT.

Além do que, a via eleita – ação civil pública – é a adequada para o fim pretendido pelo demandante.

Isto porque o demandante pretende a proteção de direitos sociais fundamentais garantidos pela Constituição Federal, titularizados por uma gama de pessoas, pelo que não há como individualizar os envolvidos pela presente demanda, mas apenas uma classe de possíveis aprendizes com situação jurídica comum.

Assim, adequada a ação civil pública e respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, pelo que rejeito a preliminar.

c) Condição da ação. Possibilidade jurídica do pedido. Interesse processual.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

No caso, a interpretação literal, sistemática e finalística do dispositivo evidencia a desnecessidade do trânsito em julgado de processo administrativo em curso para o ajuizamento de ação judicial.

Ademais, destaco jurisprudência pacífica do Eg. STF quando à autonomia das instâncias:

As instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.” (Precedente: RMS 26.510/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010)

7. <http://grupoalbatroz.com.br/clientes.php?pag=cli>

8. (Ada Pellegrini Grinover na obra: “A Marcha do Processo” - Ed. Forense Universitária - Ano 2000, págs. 151/159.)

SAO PAULO, 23 de Maio de 2018

Portanto, inexistente qualquer proibição legal relativa aos pleitos deduzidos pelo demandante.

Ademais, a questão atinente à procedência ou não dos pedidos aduzidos constitui temática ligada ao mérito da demanda, cuja análise dar-se-á em tópico apropriado.

Portanto, rejeito a preliminar.

d) Cota de aprendizagem. Lei 10.097/2000.

O demandante afirma na peça de ingresso que a demandada não vem cumprindo ao menos desde de 2011 a cota prevista na Lei de Aprendizagem relativa à contratação de aprendizes. Pleiteia (i) a concessão de tutela de evidência para que a demandada contrate o número de aprendizes conforme número de cotas previsto em lei específica; (ii) após a concessão da tutela de evidência, a citação da requerida, com o julgamento final procedente, além de sua condenação ao pagamento de reparação por danos morais coletivos no valor mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

A demandada defende-se sob os seguintes fundamentos, em síntese:

- (i) não são todos os empregados de uma empresa que devem compor a base de cálculo da cota de aprendizes, o que deve ser aplicado apenas às funções que exigem formação técnico-profissional;
- (ii) “*para a caracterização da formação profissional se fazem necessários vários requisitos, dentre eles que a formação seja constituída de atividades teóricas e práticas, que essa formação seja metódica, isto é, planejada, sistematizada, e, ainda, que seja composta por tarefas executadas progressivamente segundo o grau de complexidade de cada uma delas, o que certamente exige a fixação de um cronograma ordenado de modo a atender a progressividade das tarefas. E, por fim, que seja adequada à realidade do mercado brasileiro e internacional de modo a integrar a educação profissional ao trabalho, à ciência e à tecnologia*” (ID. bf91a0b - Pág. 9);
- (iii) que a relação contida na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO é referencial e não vinculante-impositiva, porquanto deve ser interpretada em conformidade com o art. 429 da CLT;
- (iv) a alteração realizada no texto da CBO em 2008 incluiu atividades que não demandam formação técnico-profissional para a base de cálculo de aprendizes;
- (v) “*atividades nas quais a qualificação apenas se consolida com a prática funcional também estão excluídas, notadamente porque, diferentemente da origem da indústria automobilística, a introdução da robotização e a padronização da linha de produção acabaram simplificando e limitando as atividades. Neste ambiente produtivo sequencial, definido por fases, o empregado atua limitadamente num ponto da linha, executando uma tarefa definida para aquele específico momento, atividade mecânica essa que não demanda formação técnico-profissional*” (ID. bf91a0b - Pág. 14);
- (vi) atividades que exijam curso de formação com menos de 200 horas-aula devem ser excluídas da base de cálculo, pois não configuram formação técnico-profissional;

(vii) que a aplicação da CBO sem a filtragem do art. 429 da CLT implica ofensa ao princípio da legalidade;

(viii) os contratos de aprendizagem costumam ser a prazo certo, de maneira que nem sempre o SENAI possui aprendizes aptos a atuar nas empresas;

(ix) que os empregos criados a prazo determinado, em razão da oscilação da demanda, não devem impactar no cálculo de quotas de aprendizes.

Na última audiência realizada no feito, em 28.06.2018 (ID. ad8e838), a demandada informou que, no curso da presente, na unidade de São Caetano do Sul, realizaria a contratação de 140 aprendizes, mediante convênio com “patrolheiros mirins” formalizado com o SENAI e o CIEE e na unidade de Mogi das Cruzes passaria a integrar 21 aprendizes mediante convênio com o CIEE (Id. 7816c17).

Ato contínuo, o Juízo concedeu prazo de 60 (sessenta) dias para a demandada juntar os comprovantes de contratação desses aprendizes (Id. ad8e838 - Pág. 2). A juntada de diversos documentos foi realizada.

Em sede de razões finais, o demandante demonstrou que não houve a contratação de aprendizes no número por ele indicado, sendo que, em São Caetano do Sul/SP, a demandada apresentou documentos referentes à contratação de 100 aprendizes, pendente a juntada de contratos de outros 49; e em Mogi das Cruzes/SP juntou apenas relação de 20 nomes de aprendizes para a contratação pelo Centro de Integração Empresa-Escola - CIEE (Id. 05fc6fa), sem qualquer contrato, pelo que apontou nova autuação na unidade em 08.02.2018, oportunidade em que o demandante demonstrou a necessidade de contratação de mais 21 aprendizes (auto de infração nº 21.379.928-6).

Analiso.

De início, cabe ressaltar que o inquérito civil instaurado no âmbito do Ministério Público do Trabalho tem natureza inquisitorial, de sorte que desnecessário o contraditório e a ampla defesa em seu trâmite, até porque destina-se à colheita de informações que se destinam a formar convencimento do *parquet*, seja para ingressar com ação civil pública, seja para firmar termo de ajustamento de conduta, seja para concluir pela inexistência de ato ilícito. Dessa maneira, válida a investigação realizada por meio de inquérito civil e as provas por meio dele coletadas.

Com relação às autuações realizadas pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, estas têm presunção de legalidade, porquanto exaradas por auditor-fiscal com competência para tanto, em exercício de atividade e em conformidade com as diretrizes adotadas pelo órgão público.

Prossigo.

O art. 227 da Constituição Federal estabelece que:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifo nosso)

Nesse sentido, prevê o art. 429 da CLT que:

“Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.” (grifo nosso)

Para regulamentar a questão e tornar clara a posição estatal quanto ao disposto nesse artigo, o Ministério do Trabalho e Emprego, que tem por atribuição editar normas relativas às relações de trabalho, estritamente no âmbito de sua competência, editou a Classificação Brasileira de Ocupações, o Decreto 5.598/2005, a Portaria 723/2012, entre outros.

Dentre tais atribuições, está a de, segundo normas técnicas, definir as atividades que devem compor a Classificação Brasileira de Ocupações e servir como base de cálculo da cota de aprendizes.

De certo que, eventualmente, pode o Ministério do Trabalho e Emprego equivocar-se na inclusão de atividades, o que cabe ao Poder Judiciário analisar.

Entretanto, a demandada pretende fazer crer que as atividades de inspetor de qualidade (CBO 3912-05) e de montador de veículos (CBO 7255-05) não demandam formação técnico-profissional, tratando-se de atividades mecânicas e que dependem apenas de prática.

Ora, é evidente que a atividade de montador de veículos demanda formação técnico-profissional, não se tratando de ocupação com tarefas mecânicas, simples. Os montadores realizam tarefas de média/alta complexidade e em sistema de rodízio, de sorte que têm de conhecer amplamente o processo dentro do qual inseridos. Ademais, trata-se de linha de produção, o que demanda bastante atenção, a reforçar a necessidade de conhecimento do processo de maneira ampla.

Quanto à atividade de inspetor de qualidade, não se pode crer que ocupante de tal cargo não tenha formação técnico-profissional, afinal, realiza tarefas que demandam ainda mais aprimoramento do que a do montador de automóveis, eis que inspeciona se os veículos produzidos estão dentro dos padrões de qualidade da empresa.

Nesse contexto, verifica-se que ambas as atividades que a demandada pretende que sejam excluídas da base de cálculo da cota de aprendizes demandam formação técnico-profissional.

Curioso notar que a maior quantidade de cargos que a demandada entrega é justamente a de montador de veículos, eis que são os profissionais que atuam em toda a sua linha de produção. E, excluindo-a dessa base, a quantidade de aprendizes a serem contratados seria ínfima em comparação ao total de pessoas que emprega.

Evidencia-se, portanto, que se trata de argumento que tem por real escopo o de justificar o descumprimento da lei, em

menoscabo ao Poder Judiciário, o que não se pode admitir.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho vem trilhando o caminho de emprestar ampla validade à Classificação Brasileira de Ocupações na forma definida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no sentido de ater-se ao quanto definido pelo ente estatal quanto às atividades que demandam formação técnico-profissional. Vejamos recente acórdão da sua 5ª Turma:

“(…) CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES. BASE DE CÁLCULO. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, para a definição da base de cálculo para a contratação de aprendizes, deve ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), segundo o que estabelece o Decreto nº 5.598/2005. *In casu*, cinge-se a controvérsia às atividades de ‘porteiro/vigia’ e ‘serviços gerais’, que se encontram discriminadas na Classificação Brasileira de Ocupações sob os códigos 5174 e 5143, respectivamente e, portanto, demandam formação profissional. Dessa forma, na esteira da jurisprudência desta Corte, as atividades de ‘porteiro/vigia’ e ‘auxiliar de serviços gerais’ devem ser incluídas na base de cálculo para a contratação de aprendizes. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, RR 613-41.2010.5.03.0105, 5ª Turma, Rel. Min. Breno Medeiros, DEJT 16/03/2018)

Dessa forma, considero que as atividades de inspetor de qualidade (CBO 3912-05) e de montador de veículos (CBO 7255-05) demandam formação técnico-profissional e, assim, devem compor a base de cálculo da cota de aprendizes.

Pois bem, no decorrer da instrução processual, a demandada informou ao Juízo que contrataria aprendizes observada a cota prevista em lei (Id. 7816c17), com as atividades de inspetor de qualidade e de montador de veículos na base de cálculo, relativos às unidades de São Caetano do Sul (140 aprendizes) e de Mogi das Cruzes (21 aprendizes).

Ocorre que, conforme apontou o Ministério Público do Trabalho (ID. 3568ef8 - Pág. 3), persiste a pendência da contratação de 49 aprendizes em São Caetano do Sul e de 20 aprendizes em Mogi das Cruzes, consoante planilha apresentada (ID. 80fd15f).

Em razão de todo o exposto, concluo que as atividades de inspetor de qualidade (CBO 3912-05) e de montador de veículos (CBO 7255-05) demandam formação técnico-profissional e, assim, devem compor a base de cálculo da cota de aprendizes, o que foi, de certa forma, reconhecido pela demandada ao informar ao Juízo que contrataria aprendizes observado-se a quantidade indicada pelo demandante.

Destarte, **julgo procedente o pedido para determinar que a demandada contrate empregados aprendizes matriculados em cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem ou, supletivamente, em escolas técnicas ou entidades sem fins lucrativos, no importe mínimo de 5% (cinco por cento) e máximo de 15% (quinze por cento) dos seus empregados cujas funções demandem formação profissional com base no parâmetro objetivo instituído pela Classificação**

Brasileira de Ocupações (CBO) - inserindo as atividades de inspetor de qualidade (CBO 3912-05) e de montador de veículos (CBO 7255-05) na sua base de cálculo -, nas unidades fabris de São Caetano do Sul e de Mogi das Cruzes, mediante comprovação nos autos, no prazo de 10 (dez) dias a contar da notificação da presente, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por aprendiz não contratado, até o limite de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por aprendiz não contratado, revertida metade aos hospitais públicos que atuam em São Caetano do Sul e Diadema (Município bastante carente na região chamada de ABCD) e metade à Santa Casa de São Paulo, com base no art. 497 do CPC.

e) Reparação por danos morais coletivos.

O dano de índole moral decorre da ação ou omissão que ofenda os direitos da personalidade humana, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, valores esses protegidos no contexto social (art. 5, V e X da Constituição Federal e art. 11 do Código Civil). O dano moral coletivo decorre da ofensa a direitos *metaindividuais* concernentes à personalidade humana.

Vejam os ilícitos praticados pela demandada:

(i) Contratação de aprendizes em número inferior ao disposto em lei.

A demandada, ao contratar aprendizes em quantidade inferior àquela prevista em Lei, de maneira deliberada, eis que sob fundamento fantasioso, ofendeu a honra da sociedade, posto que demonstrou descaso com a ordem jurídica e com a preservação de uma sociedade igualitária, que preza pela valorização do trabalho humano e pela inclusão social.

Isso demonstra que a empresa coloca as regras econômicas bem à frente da lei, ou seja, busca o lucro em desrespeito à ordem jurídica.

Ao fazer essa opção – preferência pelas *regras econômicas* em vez do cumprimento do ordenamento jurídico vigente -, deve-se estar apta a arcar com as consequências disso. Até porque o Direito do Trabalho não funciona em razão da economia, mas tem por escopo também regulá-la, a fim de preservar uma sociedade capitalista minimamente saudável. Em suma, o Direito do Trabalho regula a sociedade capitalista a fim de preservá-la e o seu desrespeito põe em risco o funcionamento dessa mesma sociedade.

No momento em que a empresa *opta* por não contratar aprendizes em inobservância às leis, ofende a razão de existência de um Estado Social e Democrático de Direito, que é a promoção da dignidade humana. Ofende também, por certo, a honra da própria sociedade, eis que esta espera que seus membros, notadamente as empresas que nela se apoiam para explorar o trabalho alheio, ao menos cumpram as leis sociais, não bastando a extração de lucro e a remessa de dividendos ao exterior.

A busca pelo lucro desmedido com o desrespeito às leis trabalhistas gera concorrência desleal e desequilíbrio no corpo social, que se intensifica no momento em que a empresa prejudicada por sua concorrente decide adotar idêntica tática – reduzir custos e aumentar o lucro às custas do descumprimento

da legislação social -, o que enfraquece uma *sociedade que pretende atingir o pleno emprego com justiça social* (art. 170, VIII da Constituição Federal).

Ao adotar tal prática, obviamente que toda a coletividade é lesada, além dos potenciais trabalhadores aprendizes ofendidos. Em razão disso, deve-se reparar os danos causados a essa coletividade, com a finalidade de que tais práticas não se repitam, de maneira que o ofensor repare os danos causados e de que a sociedade perceba que o Estado, através do Poder Judiciário e do Ministério Público do Trabalho, está atento e não permitirá ofensas de tal jaez.

(ii) descumprimento da função social da empresa

Ao atuar com base no cometimento deliberado do ato ilícito – não contratação de aprendizes conforme cota mínima prevista em lei – descumpra a demandada sua necessária e obrigatória função social. Para que possam atuar num Estado Social e Democrático de Direito, as empresas devem cumprir sua função social, conforme previsto no art. 170 da Constituição Federal¹.

Mais, ao assim agir a empresa demonstra que não atuou com base na boa-fé objetiva, pois não agiu com lealdade e honestidade, em infração ao art. 422 do Código Civil. Sinaliza a empresa que para si pouco importa a existência de leis que regulam sua atividade no que tange aos custos sociais desta.

Enfim, patente que a demandada não vem cumprindo sua função social, além do que, a não contratação de aprendizes demonstra que sua atuação não é pautada pela boa-fé objetiva, sendo infringidos, pois, o art. 170 da Constituição Federal e os arts. 420, 421 e 422 do Código Civil.

(iii) reiteração da demandada no descumprimento da contratação de aprendizes.

A demandada conhece os termos legais, mas “preferiu” (criando tese bastante fantasiosa), como se a preferência realmente existisse, ignorá-los e tentar postergar o cumprimento da legislação no tocante à contratação de aprendizes.

Não obstante as tentativas de composição nos Inquéritos Civis nº 000243.2009.02.001/4 e 000115.2017.02.004/09, inclusive com a formalização de proposta de Termo de Ajuste de Conduta – TAC, e dos diversos autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, somente após a judicialização do conflito e a tramitação do feito por longos meses a empresa agiu para cumprir a lei (complementar seus quadros contratando os aprendizes faltantes).

Aproveitou-se a demandada que a fiscalização estatal não é suficiente aos inúmeros ilícitos praticados, em razão da falta de agentes em comparação com a quantidade de ilícitos, notadamente num país que premia infratores. Premia, pois o cumpridor da lei tem que arcar com os custos disso, ao passo que o descumpridor deliberado apenas a cumpre quando

1. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade; (...)" (grifos nossos)

descoberto, sem qualquer punição. A lógica, pois, estimula o descumprimento, o que não se deve admitir. Por esse motivo, a demandada, uma das maiores empresas do segmento em que atua, age ao arrepio da lei há anos.

Ora, se a demandada sabe que o ato é ilegal, por qual motivo continua a praticá-lo?

Por menoscabo à ordem jurídica trabalhista, ao Poder Judiciário e descaso com os concorrentes, pois estes, que têm de cumprir rigorosamente as leis, não conseguem ofertar o mesmo preço do concorrente que a descumpra. Tais atos afrontam o sistema capitalista e a livre concorrência.

O Poder Judiciário, diante disso, não pode ficar inerte, como mero espectador, apenas “enxugando gelo”.

Deve, ao revés, agir com vistas a evitar novas práticas ilícitas, fixando reparação que sirva de desestímulo para o deliberado descumpridor da lei, a fim de que adéque suas práticas ao sistema normativo vigente.

(iv) balizamento da reparação

Para o balizamento do montante indenizatório, deve-se averiguar a capacidade econômica do ofensor. No caso, a demandada é uma das maiores montadoras de automóveis do mundo e o capital social no Brasil equivale a R\$ 254.733.569,00 (duzentos e cinquenta e quatro milhões, setecentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta e nove reais), conforme contrato social (Id. 84d8ac7 - Pág. 2).

Ainda, deve-se ter em mente também o grau de culpa do ofensor que, no caso, é grave, pois permaneceu por diversos anos sem contratar aprendizes. Por outro lado, o fato da demandada contratar, ainda que de forma parcial, aprendizes no curso da presente demanda, mitiga em parte a gravidade de sua conduta.

Pois bem, conforme apuração do Ministério Público do Trabalho (planilha ID. 299a887 - Págs. 26-27), há deficit de 1.119 aprendizes na demandada, em somatório do período compreendido entre 2011 e 2017.

Caso cada aprendiz “custe” para a empresa cerca de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) mensais, eis que se deve somar o salário-mínimo hora, recolhimentos ao FGTS reduzido, contribuição previdenciária mensal, férias + 1/3 proporcionais e vale-transporte, além do equivalente ao 13º salário, o total “economizado” de maneira ilícita seria de R\$ 17.456.400,00 (dezessete milhões, quatrocentos e cinquenta e seis mil e quatrocentos reais) por ano (1.200 x 13 = 15.600 x 1.119 = 17.456.400).

Considerando que os contratos dos aprendizes, como regra, duram até dois anos, que o cálculo total apresentado pelo demandante considera esse período (dois anos) e que o deficit apurado de aprendizes é pelo período de 2011 a 2017, razoável que o valor que a empresa economizou ilícitamente seja ao menos multiplicado por dois anos. Afinal, a “economia” ilícita não se deu apenas em doze meses. Assim, o montante totaliza R\$ 34.912.800,00 (trinta e quatro milhões, novecentos e doze mil e oitocentos reais).

Ademais, o Poder Judiciário, que tem o dever de velar pela Constituição Federal e impor o seu respeito pela sociedade, somente estimulará a sociedade caso adote conduta que efe-

tivamente reprima condutas do jaez das praticadas pela demandada.

No caso, a reprimenda apenas equivale a “cobrar” da demandada os valores que ela “economizou” de maneira ilícita ao não contratar a quantidade mínima de aprendizes fixada em lei. Ressalto, por oportuno, que em razão da demandada ter se comprometido a cumprir a cota legal de aprendizes, ainda que não afirmando isso textualmente e não firmando TAC com o demandante, o valor apurado que, no fundo, equivale ao montante de danos materiais gerados, não será majorado. Trata-se de forma de demonstrar que os ilícitos podem ser corrigidos – ainda que tardiamente - e que a correção terá efeitos positivos no processo.

Nesse contexto, a demandada deve apenas custear o valor equivalente ao que “economizou” de maneira ilícita ao não contratar 1.119 aprendizes no período compreendido entre 2011 e 2017, montante aplicado a dois anos.

Portanto, **julgo procedente o pedido de reparação por danos morais coletivos no total de R\$ 34.912.800,00 (trinta e quatro milhões, novecentos e doze mil e oitocentos reais)**, atualizada até a presente data, revertida metade aos hospitais públicos que atuam em São Caetano do Sul e Diadema (Município bastante carente na região chamada de ABCD) e metade à Santa Casa de São Paulo, com base nos arts. 186, 421, 927 e 944 do Código Civil e no princípio da boa-fé contratual (aplicado em toda relação contratual, especialmente nos contratos de trabalho e consumo).

f) Efeitos da presente decisão.

A presente decisão possui efeitos apenas perante os municípios abrangidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos termos do item II da OJ 130 da SBDI-2 do Eg. TST².

A presente sentença, no que tange às obrigações de fazer e de não fazer, possui efeitos imediatos, pelo que deve ser cumprida nos prazos acima definidos, a teor do art. 14 da Lei 7.347/85³.

Em razão disso, na hipótese de interposição de recurso ordinário pelas partes, fica desde já autorizada a expedição de carta de sentença para viabilizar o cumprimento das medidas acima descritas, bem como realizar a execução provisória da demandada.

2. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA LOCAL DO DANO. LEI 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93.

I - A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II - Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III - Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV - Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.” (grifo nosso)

3. Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

g) Demais Considerações.

Isento de custas o Ministério Público do Trabalho, de acordo com o artigo 790-A, II da CLT.

Em atenção ao disposto no artigo 832, § 3º, da CLT, aponto o caráter indenizatório da totalidade das parcelas julgadas procedentes.

Juros de 1% ao mês, *pro rata die*, a teor do art. 39 da Lei 8.177/1991 e correção monetária pelo IPCA-E, a incidir a partir do mês seguinte ao da prestação dos serviços, de acordo com o art. 459 da CLT e Súmulas 200 e 381 do Eg. TST.

Ficam afastadas todas as alegações que sinalizam em sentido contrário ao aqui esposado, seguindo a mesma sorte a aplicação de diretrizes legais e/ou jurisprudenciais que da mesma forma não se coadunem com o presente comando decisório.

Ficam advertidas as partes, desde logo, que os embargos declaratórios com intuito meramente procrastinatório sofrerão uma rejeição pedagógica, com aplicação das penalidades legais, a fim de se garantir respeito aos princípios da duração razoável do processo e da boa fé processual.

Advirto, também, que os embargos de declaração que não aleguem efetiva omissão, obscuridade ou contradição – tal como as apresentadas alegando falta de congruência do decisório com súmula de jurisprudência ou lei – não serão conhecidos, eis que os pressupostos de conhecimento do recurso apresentado não estarão presentes.

No mais, o juízo não está obrigado a fazer da fundamentação uma resposta simétrica aos argumentos lançados pelas partes. Deve expor os motivos que conduziram sua persuasão racional de forma clara (princípio do livre convencimento motivado, CF, art. 93, IX e CPC, art. 371).

III – CONCLUSÃO.

ISTO POSTO E MAIS O QUE CONSTA NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO DEMANDANTE **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - MPT** EM FACE DA DEMANDADA **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.**, DECIDO, EM SEDE MERITÓRIA, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL PARA DETERMINAR QUE A DEMANDADA CUMPRA OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM: **(I) CONTRATAR EMPREGADOS APRENDIZES MATRICULADOS EM CURSOS DOS SERVIÇOS NACIONAIS DE APRENDIZAGEM OU, SUPLETIVAMENTE, EM ESCOLAS TÉCNICAS OU ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, NO IMPORTE MÍNIMO DE 5% (CINCO POR CENTO) E MÁXIMO DE 15% (QUINZE POR CENTO) DOS SEUS EMPREGADOS CUJAS FUNÇÕES DEMANDEM FORMAÇÃO PROFISSIONAL COM BASE NO PARÂMETRO OBJETIVO INSTITUÍDO PELA CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES (CBO) - INSERINDO AS ATIVIDADES DE INSPETOR DE QUALIDADE (CBO 3912-05) E DE MONTADOR DE VEÍCULOS (CBO 7255-05) NA SUA BASE DE CÁLCULO -, NAS UNIDADES FABRIS DE SÃO CAETANO DO SUL E DE MOGI DAS CRUZES, MEDIANTE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS A CONTAR DA NOTIFICAÇÃO DA PRESENTE, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) POR APRENDIZ NÃO CONTRATADO, ATÉ O LI-**

MITE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS) POR APRENDIZ NÃO CONTRATADO, REVERTIDA METADE AOS HOSPITAIS PÚBLICOS QUE ATUAM EM SÃO CAETANO DO SUL E DIADEMA (MUNICÍPIO BASTANTE CARENTE NA REGIÃO CHAMADA DE ABCD) E METADE À SANTA CASA DE SÃO PAULO; E PARA CONDENAR A DEMANDADA A CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE PAGAR O VALOR REFERENTE ÀS SEGUINTE PARCELAS:

(I) REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS NO TOTAL DE R\$ 34.912.800,00 (TRINTA E QUATRO MILHÕES, NOVECIENTOS E DOZE MIL E OITOCENTOS REAIS), ATUALIZADA ATÉ A PRESENTE DATA, REVERTIDA METADE AOS HOSPITAIS PÚBLICOS QUE ATUAM EM SÃO CAETANO DO SUL E DIADEMA (MUNICÍPIO BASTANTE CARENTE NA REGIÃO CHAMADA DE ABCD) E METADE À SANTA CASA DE SÃO PAULO, DESDE QUE FIRMEM TAC COMPROMETENDO-SE A NÃO CONTRATAR TRABALHADORES POR MEIOS FRAUDULENTOS DIVERSOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO;

(II) JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, ESTA PELO IPCA-E.

ISENTO DE CUSTAS O DEMANDANTE. INEXISTEM RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS OU FISCAIS. CUSTAS PELA DEMANDADA, NO VALOR DE R\$ 700.000,00 (SETECENTOS MIL REAIS), LIMITADAS AO VALOR PREVISTO NO ART. 789 DA CLT, CALCULADAS SOBRE O VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO, DE R\$ 35.000.000,00 (TRINTA E CINCO MILHÕES DE REAIS). CIENTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS.

IGOR CARDOSO GARCIA

Juiz do Trabalho Substituto

S E N T E N Ç A

PROCESSO N. 1002438-20.2015.5.02.0472

RITO: Ordinário

RECLAMANTE: Aloísio Ramiro Pinheiro

RECLAMADA: Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.

DATA: 24.09.2018 (2ª feira). HORA: 12h00

JUIZ DO TRABALHO: Igor Cardoso Garcia

Na data e no horário acima assinalados determinei a abertura da presente sessão (CLT, art. 765), com vistas à prolação da seguinte sentença:

I – RELATÓRIO.

O reclamante ajuizou ação trabalhista em face da reclamada deduzindo as pretensões descritas em petição inicial (ID. d82c724). Juntou documentos. A reclamada apresentou contestação escrita, resistindo aos pleitos contidos na exordial (ID. 3aafc20). Juntou documentos. Foi realizado o interrogatório do reclamante e a oitiva de uma testemunha. Foi realizada perícia médica, sobre a qual as partes tiveram a oportunidade de se manifestar. Foi encerrada a instrução processual, restando frustradas as propostas conciliatórias oportunamente ofertadas. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO.**a) Pressuposto processual. Inépcia da petição inicial.**

As causas de pedir e os pedidos do reclamante estão descritos de maneira inteligível na exordial, possuindo todos os requisitos ao seu regular trâmite, sendo atendidos os requisitos do art. 840, § 1º da CLT, e, portanto, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, pelo que rejeito a preliminar.

b) Condição da ação. Interesse processual. Quitação.

A reclamada requereu a extinção do processo sem resolução do mérito referente aos pedidos aduzidos pelo autor, em função das partes terem realizado acordo extrajudicial, em aplicação analógica da OJ 270 da SBDI-1 do Eg. TST.

Primeiro ponto. Não possui nenhum valor “acordo” extrajudicial realizado pela ré com seus ex-empregados, pois tratam de direitos indisponíveis – saúde e vida –, além de terem sido realizados sem participação de advogado e sindicato a defenderem os direitos do obreiro. Além do que, sem valor porquanto não realizado perante o Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de vil tentativa de soterrar direito à saúde por meio de ínfimo valor, o que escancara, de início, o descaso da ré com relação aos seus ex-empregados.

Segundo ponto. A OJ referida pela empresa não possui nenhuma relação com acordos realizados de maneira espúria, para tentar retirar direito fundamental de proteção à saúde. Vejamos o que prevê a OJ 270 da SDI-1 do Eg. TST:

“Programa de Incentivo à Demissão Voluntária. Transação extrajudicial. Parcelas oriundas do extinto contrato de trabalho. Efeitos.

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.” (grifo nosso)

Referido entendimento do Eg. TST é aplicável aos programas de demissão voluntária, os quais são amplamente discutidos por membros de grandes empresas junto aos seus sindicatos profissionais e respectivos advogados. Em nada se assemelha à sórdida tentativa de fulminar direito fundamental alheio por meio de acordo sem assistência de advogado representando o trabalhador e com valor ínfimo.

Terceiro ponto. A interpretação da OJ 270 da SBDI-1 do Eg. TST deve ser coerente e consentânea com a realidade. Não pode a quitação, que no caso não teve a participação sindical, mesmo o pacto laboral tendo perdurado por mais de 6 (seis) anos, ter efeito de transação, que pressupõe concessões recíprocas sobre *res dubia*. A quitação é o pagamento de quantia assumidamente devida, e só. A realidade nos mostra que o trabalhador aceita receber qualquer montante constante em instrumento de transação para não passar necessidades no período sem trabalho, e aniquilar seu direito de pleitear reparações oriundas do vínculo por mera formalidade – tão somente porque não existe ressalva no documento – é transformar a realidade. O que é ficção passa a ser real e o real se torna ficção. E não é a isso que o Direito serve.

Quarto ponto. Direitos relativos à saúde e segurança do trabalho são indisponíveis; sendo inválida qualquer transação a respeito do tema.

Assim, rejeito a preliminar.

c) Prescrição bienal total. Prescrição quinquenal parcial.

Aduziu a reclamada que de qualquer ângulo que se analise a questão os pleitos do autor estão fulminados pela prescrição, seja ela oriunda do Código civil (antigo e novo) ou da Constituição Federal (prescrição trabalhista), pois o pacto com o autor cessou em 23.04.1984, bem como a ciência inequívoca das lesões do obreiro ocorreu em 20.08.2001, após a primeira avaliação médica, de modo que prescritas suas pretensões.

Primeiro, a prescrição conta-se da *actio nata*, o que ocorre quando a parte tem ciência da lesão ou ameaça a direito. No caso de doenças ocupacionais, a *actio nata* ocorre quando o trabalhador tem ciência da doença que contraiu no trabalho, ainda que dele tenha saído há dez ou quinze anos, por exemplo.

Isto porque, como mencionado, o interesse nasce apenas quando a parte tem ciência da lesão ou ameaça a direito.

No caso, o autor tomou ciência inequívoca da lesão no pulmão apenas após constatação por perícia médica nestes autos, após a apresentação da defesa.

Nessa ocasião, pois, nasceu seu interesse em buscar uma solução jurisdicional para a questão – *actio nata* –, eis que, apenas nesse momento, tomou ciência inequívoca da lesão.

Mais, conforme acima frisado, as regras de início do lapso prescricional devem ser aplicadas com maior cautela, a fim

de não inviabilizar o acesso à justiça em sua acepção efetiva. Nesse sentido, destaco brilhante acórdão do Eg. TST:

“PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8/12/2004. PRAZO PRESCRICIONAL BIENAL, PREVISTO ARTIGO 7º, INCISO XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A controvérsia cinge em saber o marco inicial para a contagem do prazo prescricional para a pretensão de indenização por danos morais em razão de doença ocupacional. Questiona-se o surgimento da *actio nata* para o ajuizamento da ação indenizatória. No caso, infere-se do acórdão recorrido que em 15/2/2006 foi realizada a perícia técnica, segundo a qual ficou comprovado o nexo de causalidade entre a doença desenvolvida pela reclamante e a atividade laboral, assim como a redução da sua capacidade laborativa. Em razão do desenvolvimento de doença ocupacional, a reclamante ficou em gozo de benefício previdenciário, o qual cessou em 17/11/2010. Importante salientar que, para verificar se a pretensão de indenização por danos materiais estaria ou não prescrita, faz-se necessária a análise de dois aspectos essenciais, quais sejam o marco inicial da prescrição e a natureza da regra prescricional a ser aplicada - trabalhista ou civil. Quanto ao marco inicial da prescrição, tem-se que, de acordo com o artigo 189 do Código Civil, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Como se observa, a prescrição é regida, principalmente, pelo princípio da *actio nata*, consagrado no artigo ora transcrito, segundo o qual é a violação do direito subjetivo que faz nascer, para o seu titular, a pretensão de repará-lo, com o que se deflagra a fluência da prescrição extintiva do direito de ação correspondente. Vale destacar que, no caso da pretensão de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho, a jurisprudência trabalhista tem adotado como parâmetro para fixação do marco inicial da prescrição o critério consagrado pela Súmula nº 278 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe, *in verbis*: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”. Extrai-se desse verbete sumular que o direito a pleitear essa indenização, em todos os seus contornos, somente surge para o segurado na data em que ele tiver ciência inequívoca da sua incapacidade laboral, em toda sua extensão. No entanto, a aplicação desse verbete às pretensões de natureza trabalhista deve ser feita com parcimônia, pois os seus precedentes tratam de hipóteses em que se postulou o pagamento de indenização a ser adimplida por seguradoras, ou seja, são referentes a pretensões de caráter eminentemente civil. Não houve, nesse caso, o enfrentamento da questão em face de pretensões que envolvam direitos fundamentais, como o direito fundamental à saúde e à integridade física do trabalhador, discutidos nas ações em que o empregado busca o ressarcimento por danos morais e materiais decorrentes de lesões ligadas à sua atividade laboral. Diante disso, a interpretação a ser dada à expressão “ciência inequívoca da incapacidade laboral”, registrada na Súmula nº 278 do STJ, deve ser ampla, com vistas a observar o princípio protetivo, basilar do direito do trabalho. A deflagração do prazo prescricional da pretensão de indenização por danos morais e materiais decorrentes de moléstia profissional deverá, em regra, coincidir com a data em que o empregado tenha tido ciência inequívoca dos efeitos danosos da lesão sofrida, pois é nesse momento que o direito à reparação civil se torna exigível. Efetivamente, quando se está diante de lesões decorrentes de doença profissional, a fixação desse marco prescricional torna-se mais difícil, uma vez que seus sintomas não se revelam de imediato, como no caso de um acidente com morte do trabalhador, uma vez que a moléstia profissional, ao revés, atinge a saúde do trabalhador de forma gradual e progressiva. Ademais, por se estar diante de situação provisória e gradativa, a real extensão da moléstia profissional ou da doença ocupacional ou, por constituir lesão que se protraí no tempo, somente será conhecida quando se estiver diante de dois resultados possíveis e excludentes: 1) se a lesão que atingiu o empregado for totalmente incapacitante para qualquer trabalho, ele será aposentado por invalidez; 2) por outro lado, se a lesão não for incapacitante e o empregado estiver apto para executar as mesmas atividades ou puder ser readaptado, o auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário cessará e ele retornará ao trabalho. Não é possível, então, admitir que a ciência inequívoca coincida com a data do acidente de trabalho, a expedição da CAT, o diagnóstico ou o início da concessão do auxílio-doença, porquanto, no curso do afastamento para tratamento, o empregado poderá se deparar com o abrandamento da doença ou com seu agravamento, culminando com o retorno ao trabalho ou com a aposentadoria por invalidez, respectivamente. Assim, não é razoável exigir do trabalhador que ele proponha a ação pretendendo o pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional antes que ele tenha a exata noção da gravidade da moléstia que o acometeu e da extensão dos efeitos danosos da lesão, visto que, apenas com a aposentadoria por invalidez ou com a cessação do auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário e o consequente retorno do empregado ao trabalho, quando todos os efeitos do fato danoso já estiverem definitivamente configurados, nasce, para o empregado, o direito de pretender a reparação civil respectiva, pois, somente com a concretização de um desses dois resultados, pode-se concluir que o trabalhador terá tido ciência inequívoca dos efeitos da lesão por ele sofrida. (...)” (TST - RR: 10826520125120041, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/02/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015).

No caso, o autor tomou ciência inequívoca da lesão em 02.08.2016, data da publicação do resultado da perícia (ID. 747be18 - Pág. 1).

E, considerando que a ciência inequívoca da lesão ocorreu

apenas após a realização de perícia médica, merece destaque o aresto jurisdicional do Eg. TRT da 3ª Região em caso análogo:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE DOENÇA EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO - PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. A prescrição incidente nas ações reparatórias decorrentes de acidente do trabalho ou de doença ocupacional, notadamente as ajuizadas diretamente perante esta Justiça Especializada e após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, deverá tomar como marco o princípio da *actio nata*, ou seja, a data em que o interessado teve ciência inequívoca da lesão (Súmula n. 278 do C. STJ). No caso concreto em exame, somente após a realização de perícia médica, determinada para análise do pedido de reintegração no emprego, descortinou-se o real quadro clínico da obreira, com conclusão no sentido de influência do labor prestado para o surgimento da patologia, de natureza psiquiátrica e de complexo diagnóstico, o que motivou a propositura da demanda indenizatória, reunida à presente. Ainda que, nesse viés, ajuizada a segunda ação, reunida, há mais de dois anos do rompimento do pacto laboral, considerando que somente no curso da primitiva reclamatória, em julho de 2010, teve ciência definitiva a reclamante das lesões sofridas, não se encontra sepultado o direito de ação pelo decurso do prazo prescricional expresso no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, como também pacificado através da Súmula 230 do E. STF (“A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade”), a qual bem reflete o caso vertente.” (TRT-3, RO: 0091100-64.2007.5.03.0072, Rel. Julio Bernardo do Carmo, Quarta Turma, DEJT 25/05/2012)

Ainda, saliento que as doenças decorrentes do contato com amianto costumam ter seu pleno efeito negativo mais de décadas após o contato com a substância degradante e foi justamente isso que ocorreu com o autor, como se verá abaixo. Ou seja, o conhecimento inequívoco sobre o atual – e grave – estado de saúde do autor deu-se com a perícia realizada na presente.

Por fim, seguindo a linha de raciocínio acima, o mero conhecimento da existência de placas pleurais, diagnosticada em exames realizados pela ré, não configura pleno conhecimento, por parte do autor, acerca da doença que o acometeu. Até porque leigo e, segundo análise do perito, semianalfabeto.

Portanto, não se há falar em prescrição bienal ou quinquenal a ser pronunciada.

d) Doença ocupacional.

O reclamante alegou em petição inicial que se tornou portador de severas moléstias ocupacionais respiratórias decorrentes das atividades desempenhadas na ré, diante do contato direto com amianto. Pleiteou reparação por danos morais, indenização por danos materiais e a manutenção do convênio médico.

A reclamada, em síntese, alegou que:

- (i) o uso do amianto sempre foi feito observando-se os parâmetros legais que regulam a sua utilização;
- (ii) sempre garantiu – e garante – a excelência na proteção de seus empregados contra a exposição indevida a eventual poeira gerada pelo manuseio e beneficiamento do amianto;
- (iii) aproximadamente 20 (vinte) anos antes de entrar em vigor a norma que passou a regular o uso do amianto, qual seja, a Lei nº 9.055/95, a reclamada já fazia uso da variedade crisotila (ou amianto branco), a única atualmente autorizada pela legislação brasileira;
- (iv) inexistia no ambiente laboral, à época dos fatos, insalubridade, dano ambiental, lesão à integridade física do trabalhador, mas havia proteção individual e coletiva do obreiro, de modo que afastadas as condições de risco a saúde;
- (v) inexistia nexo com o trabalho a patologia do reclamante.

Em razão disso, alegou que o autor não faz jus às reparações pleiteadas.

Pois bem, a atividade normalmente desenvolvida pela reclamada é de risco acentuado (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), uma vez que se trata de, dentre outras, a *fabricação de cimento* e de *materiais cerâmicos*, que possuem grau de risco 4, segundo o item 23.30-3 e 23.41-9 do quadro I da Norma Regulamentar n. 4 do Ministério do Trabalho e Emprego.

No sentido da aplicação da responsabilidade objetiva nas atividades que envolvam risco, a posição do Ilustre Magistrado Ney Stany Morais Maranhão, defendida na obra “Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade”, da Editora Método: São Paulo, 2010, que aborda a atual busca não pelo culpado, mas sim pelo responsável pela reparação do dano.

Neste sentido o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, assim vazado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.”

Assim, face à responsabilidade objetiva em virtude do reconhecimento do exercício de atividade de risco acentuado pela empresa, cabe à reclamada provar, a fim de se eximir da responsabilização, que a doença contraída pelo autor ocorreu por uma das hipóteses excludentes do nexo causal - culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior.

(i) Prova documental.

O reclamante juntou aos autos diversas provas das lesões apresentadas, inclusive termo de acordo realizado entre as partes, o qual foi afastado pelo Juízo como termo de quitação, mas que demonstra o reconhecimento da reclamada de sua culpa presumida em razão da exposição do trabalhador a “agentes potencial ou efetivamente insalubres, e determinada alteração radiológica **pleuro-pulmonar e/ou disfunção respiratória**” (grifo no original - ID. 6b36d1f).

(ii) Prova oral.

A única testemunha ouvida declarou quanto ao ponto que:

“nunca trabalhou diretamente com o reclamante; não via o reclamante no exercício de suas atividades laborativas; a reclamada utilizou amianto em sua produção até o ano de 2002; não sabe informar especificamente quanto ao reclamante quais os EPI’S utilizados por ele.” (grifo nosso - ID. 9eedc00 - Pág. 2)

A prova oral confirmou que até o ano de 2002 a ré utilizava amianto em sua produção.

(iii) Prova pericial.

Concluiu o perito médico que:

“O Jurisperito conclui que o autor é portador de:

I. PLACAS PLEURAIAS COMPATÍVEIS COM EXPOSIÇÃO AO ASBESTO.

II. ASBESTOSE PULMONAR E DISTÚRBO VENTILATÓRIO OBSTRUTIVO MODERADO.

III. HÁ NEXO DE CAUSALIDADE COM AS ATIVIDADES QUE EXERCEU NA RECLAMADA.

IV. HÁ INCAPACIDADE LABORATIVA, QUE EM FACE DA EVOLUÇÃO PROGRESSIVA DA PATOLOGIA, IDADE DO AUTOR, TORNOU-SE DEFINITIVA.” (grifos no original - ID. 992f93a - Pág. 19-20)

As conclusões periciais foram ratificadas em sede de esclarecimentos complementares, frisando o *expert* que:

“4. É certo afirmar que, quando da perícia médica, o Autor afirmou fazer bicos em feiras livres? Se negativa a resposta, favor justificar.

R. Sim, irrelevante para o caso, porém trata-se de atitude nobre e elogiável de uma pessoa idosa, 62 anos, semi alfabetizada, com problemas de saúde, lutando pela sua sobrevivência em face de não ter mais condições de trabalho, sobretudo na profissão que exerceu para a reclamada.” (ID. f733023 - Pág. 3)

Pois bem, da perícia médica realizada conclui-se que o labor exercido na ré atuou como causa direta no surgimento e no agravamento das doenças pulmonares do reclamante, existindo, pois, nexo de causalidade.

De acordo com o laudo, sopesando-se ao fato de que o labor na reclamada atuou como fator de causa direta no surgimento e no agravamento da doença pulmonar do trabalhador, e tendo em vista que o perito afirmou ser o obreiro total e permanentemente inapto ao trabalho, fixo a redução de sua capacidade laboral em 100%, conforme tabela da Susep¹ (lesões de órgãos e estruturas torácico abdominais com prejuízos funcionais não compensáveis de ordem respiratória).

O juízo adota as conclusões acima, eis que sólido e coerente o laudo, pelo que ficam rejeitadas as impugnações em sentido contrário.

¹http://www.susep.gov.br/menuatendimento/seguro_pessoas_consumidor, acesso em 25.06.2018, às 16h49.

(iv) Medidas de segurança do trabalho.

Em razão do trabalho ter sido fator de causa na ocorrência das doenças apresentadas pelo autor, patente que as medidas de segurança adotadas não estavam adequadas ao risco produzido pelo trabalho exercido, descumprindo, assim, a empresa, o disposto no art. 166 da CLT², o que, além de reafirmar o nexo de causalidade, demonstra a culpa da reclamada.

Ademais, cabe às empresas fiscalizarem o cumprimento pelos empregados das ordens ministradas, especialmente no que concerne à adoção das medidas de segurança no modo como o trabalho é realizado, segundo o disposto no art. 157 da CLT.

Portanto, tenho que a doença do autor ocorreu e se agravou também por incúria da reclamada ao não diagnosticar em tempo e tratar os infortúnios respiratórios do reclamante.

Saliento, ademais, que é dever do empregador:

- (i) proporcionar meio ambiente de trabalho seguro aos trabalhadores (art. 7º, XXII, CF e art. 170 da CLT);
- (ii) cumprir e fazer cumprir as normas de medicina e segurança do trabalho (CLT, art. 157, I);
- (iii) fornecer efetivo treinamento aos empregados sobre as tarefas a serem exercidas, especialmente em atividade de risco, como no caso (CLT, art. 157, II); e
- (iv) fornecer gratuitamente equipamentos de proteção individual adequados ao risco do trabalho exercido (CLT, art. 166).

Ora, se a reclamada afirma que cumpriu todas as normas de segurança do trabalho e, mesmo assim, o autor contraiu doença cujo trabalho exercido na ré foi responsável, é patente que as medidas adotadas pela empregadora não estavam adequadas ao risco do trabalho exercido, ferindo a ré, pois, o disposto nos arts. 168 e 169 da CLT, o que demonstra sua culpa pelo infortúnio.

No mínimo, deveria a reclamada não exigir labor do reclamante em contato com amianto, mesmo sabendo dos riscos que tal componente causa à saúde humana, como assevera do em defesa.

(v) Risco do negócio.

Cumprido ressaltar que o risco do negócio é das empresas e não pode ser transferido ao trabalhador, a teor do disposto no *caput* art. 2º da CLT, que preceitua:

“Art. 2º Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” (grifo nosso)

Também na seara da responsabilidade civil o art. 2º da CLT deve ser aplicado, sopesando-se os requisitos da responsabilidade civil com os fundamentos e princípios do Direito do Trabalho, notadamente o de que o risco do negócio (também

² Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual **adequado ao risco** e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.” (grifo nosso)

o dos infortúnios ocorridos em decorrência do negócio) é da empresa, sob pena de se transferir ao trabalhador os riscos do empreendimento. Tais riscos não são apenas relacionados a salários, horas extras e férias, mas englobam também a infortunistica, os acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

Caso se passe a transferir o risco de acidentes aos trabalhadores, visualizando-se a responsabilidade civil apenas e tão somente sob a *antiga ótica civilista*³ estar-se-á terceirizando a infortunistica ao obreiro e os lucros ficarão somente com o empresário, o que a ordem jurídica não admite.

(vi) CONCLUSÃO.

Do exposto, concluo não ter provado a reclamada a inexistência de nexo causal, o que, sob a ótica da responsabilidade objetiva em virtude do exercício da atividade de risco acentuado – tese adotada –, acarreta-lhe o dever de indenizar. Não provou, também, a culpa exclusiva da vítima, ônus que lhe cabia, pois se trata de fato impeditivo do direito do autor, a teor do art. 373, II, do CPC. Tudo de acordo com o livre convencimento motivado deste magistrado (CPC, art. 371).

Além disso, caracterizados os requisitos da responsabilidade subjetiva, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre um e outro. Passo aos motivos.

Primeiro. O surgimento e agravamento da doença contraída pelo autor teve como causa o labor desempenhado na ré. A ré gerou-lhe um risco e não o preveniu eficazmente deste.

Segundo. As medidas preventivas que alegou a ré ter tomado não foram adequadas ao risco gerado pelas atividades desenvolvidas pelo autor, o que demonstra a culpa da empresa.

Terceiro. A reclamada, como frisado acima, não cumpriu adequadamente as medidas de segurança e saúde no trabalho, pois não propiciou ambiente indene de riscos, conforme determina o art. 7º, XXII, da CF, art. 157, II e art. 166 da CLT, assumindo o risco de sua omissão, eis que cabe à empresa manter um ambiente de trabalho sadio e seguro aos seus empregados.

Quarto. Os danos causados ao autor têm o labor como causa direta, caracterizando o nexo causal.

Quinto. Com base no laudo pericial, considero que a redução da capacidade laboral do autor é total e permanente (100%).

Portanto, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, concluo que a vítima foi acometida de doença cujo surgimento tem o labor como causa, por culpa da empresa, conforme acima demonstrado, eis que presentes o nexo causal, a culpa e o dano.

Por fim, insta salientar que hodiernamente a responsabilidade civil está diretamente ligada ao risco gerado, mais do que propriamente à culpa⁴. Ou seja, o fato de a empresa colo-

³ Diz-se antiga pois o atual Código Civil (2003) foi elaborado sob uma ótica “mais social” do que o anterior (de 1916).

⁴ Tese muito bem defendida pelo Ilustre Magistrado Ney Stany Moraes Maranhão, em *Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade: Uma Perspectiva Civil-Constitucional*. 2010. São Paulo: Editora Método.

car o trabalhador em risco enseja sua responsabilização por eventual acidente ou doença a ele equiparada, ainda que não possua culpa.

d.1.) Reparação por danos morais.

A República Federativa do Brasil adotou como fundamento a dignidade humana (art. 1º, III), que compreende de forma indissociável a dignidade do trabalhador (art. 1º, III e 7º), a valorização do trabalho humano e a justiça social (art. 170), a busca do pleno emprego (170, VIII), os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), o primado do trabalho (art. 193), assegurando, por consequência, a higidez da saúde física e mental do trabalhador (art. 7º, XXII), garantindo-lhe um digno convívio social e familiar.

O dano de índole moral decorre da ação ou omissão que ofenda os direitos da personalidade humana, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, valores esses protegidos no contexto social (art. 5, V e X, da Constituição Federal e art. 11 do Código Civil).

Consoante acima decidido, o surgimento da doença do reclamante tem como causa direta o labor desenvolvido na ré, fazendo jus à indenização dos danos que lhe foram causados.

Com efeito, é patente o sofrimento do reclamante, a dor, a angústia por ver sua integridade física lesada, em razão de doenças adquiridas em razão do trabalho, com 63 anos de idade, o que nos dias atuais, marcados pela concorrência por vezes desumana, afetará novas oportunidades de emprego ou mesmo sua aposentadoria, eis que os problemas respiratórios decorrentes do contato com amianto não são reversíveis, gerando assim mais sofrimento, preocupação e descon-fiança quanto ao seu futuro.

Aliás, as lesões pulmonares decorrentes do contato com o amianto são gravíssimas, pois podem causar câncer extremamente agressivo, que impossibilita o labor e uma vida plena, ocasionando não raro uma morte prematura.

Pois bem, cumpre ressaltar que é direito de toda e qualquer pessoa retornar ao trabalho com uma parte a menos do corpo ou com parte dos membros sem “funcionar” adequadamente é algo que afronta diretamente a dignidade do trabalhador, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico.

Ademais, como critério definidor da conduta da reclamada deve-se verificar que há pesquisas médicas desde 1907 a indicar que o amianto pode provocar câncer. Entretanto, ainda assim a empresa decidiu instalar fábricas no Brasil para produzir mercadorias com o uso do amianto (asbesto), expondo centenas de trabalhadores e trabalhadoras brasileiros aos males decorrentes dessa substância, sendo o pior deles o câncer de pulmão, doença extremamente agressiva.

Vejamos trecho de texto científico denominado *Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão*⁵ que revela parte da evolução da

⁵ Autoria de René Mendes, do Departamento de Medicina Preventiva e Social da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, publicado no Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 17 (1): 7-29, jan-fev, 2001.

pesquisa acerca dos males do amianto (também denominado de asbesto):

“As observações sobre os efeitos nocivos da inalação de poeiras de asbesto sobre a saúde humana são tão antigas quanto os multiformes usos destas fibras. **Mais recentemente, já no advento da Medicina dita científica, deve-se ao médico inglês H. Montagne Murray, a descrição, publicada em 1907, da asbestose, doença responsável pela morte de um trabalhador exposto ao asbesto em atividades de fiação.** A comprovação anatomopatológica obtida na necropsia revelava a essência do processo pneumoconiótico, caracterizada pela presença de extensas áreas cicatriciais nos pulmões.

(...)

Cooke, em 1924, foi o primeiro a estabelecer claramente, mediante quadro clínico do paciente e achados de necropsia, a correlação entre ocupação e doença grave, por ele denominada, em 1927, “fibrose pulmonar”, na verdade, o mesmo tipo de pneumoconiose grave – asbestose – nome com que passou a ser conhecida esta doença (Cooke, 1927).

(...)

Em 1935, Gloyne, patologista britânico, descreveu o potencial carcinogênico do asbesto. Suas descrições pioneiras apontavam para a associação entre *carcinoma pulmonar de células escamosas* à presença de *asbestose* (Gloyne, 1935). Publicações norte-americanas do mesmo ano confirmavam tais achados de *câncer de pulmão* relacionados à exposição ao asbesto (Lynch & Smith, 1935).

Em 1949, Merewether, no Reino Unido, em seu *Relatório Anual da Chefia da Inspeção das Fábricas*, relativo ao ano de 1948, informava haver observado que cerca de 13% dos pacientes com asbestose haviam falecido por *câncer de pulmão* (Gottlieb, 1989; Becklake, 1998).

Coube ao epidemiologista britânico Richard Doll, em 1955, estabelecer definitivamente a associação causal entre a exposição ao asbesto e *câncer de pulmão*. Em trabalho que veio a tornar-se paradigma metodológico clássico em Epidemiologia, Doll demonstrou que a frequência de *câncer pulmonar* em trabalhadores da indústria têxtil expostos ao asbesto durante vinte anos, ou mais, era dez vezes a esperada na população geral (Doll, 1955). Pesquisadores do Mount Sinai Hospital e da respectiva Faculdade de Medicina, em Nova York, ampliaram os estudos acerca desta associação, demonstrando, de modo irrefutável, o excesso de mortes por *câncer de pulmão*, em 17.700 trabalhadores de isolamento térmico: **mais de 20% dos expostos vieram a falecer de câncer de pulmão** (Selikoff & Lee, 1978).

Por sua vez, foram-se acumulando, a partir da década de 30, evidências sugestivas da associação causal entre exposição ao asbesto e desenvolvimento de tumores da pleura e/ou peritônio extremamente malignos, os mesoteliomas (Gloyne, 1933). Trabalhos científicos da década de 40 e de 50 apontavam para esta possibilidade de associação causal, o que foi confirmado pelos estudos realizados por Wagner et al. (1960) na Áfri-

ca do Sul. Estes autores publicaram o estudo relativo a 33 casos de *mesotelioma*, 32 dos quais haviam trabalhado em minas de asbesto (à época, com a variedade *crocidolita*) e/ou residido perto das minas onde se extraíam fibras deste minério. **Deste estudo advieram as observações – hoje confirmadas – respeitantes à possibilidade de desenvolvimento de mesotelioma maligno mesmo após curtas exposições ou de exposições em baixas doses, mas via de regra, após longo tempo de latência.** Em Londres, Newhouse & Thompson (1965), com base em estudo de 76 casos e utilizando metodologia epidemiológica elegante, confirmaram a **forte associação causal entre mesotelioma de pleura ou peritônio e exposição progressa a asbesto, quer de natureza ocupacional, quer pela proximidade das residências às plantas industriais que o processam.**

Descreveram-se também casos de mesotelioma maligno de pleita e/ou peritônio após períodos de latência extremamente longos – em torno de 30 a 35 anos, ou mais – bem como casos em crianças expostas a fibras de asbesto nas proximidades das fábricas. Foram também narrados casos em mulheres e em crianças que, no interior de seus domicílios, foram expostas a fibras de asbesto trazidas na roupa de cônjuges-trabalhadores ocupacionalmente expostos. Estes achados, por sua peculiaridade e extrema gravidade, serviram para reforçar a aparente não-dependência de dose-resposta na relação causal entre asbesto e *mesoteliomas* (IARC, 1977; Selikoff et al., 1979; Mendes, 1986, 1987; Gottlieb, 1989; Becklake, 1998).

(...)

Diversos trabalhos científicos mostram que a incidência destes tumores altamente malignos, outrora extremamente raros, vem aumentando aceleradamente em inúmeros países do mundo, ao que tudo indica, em decorrência da exposição ocupacional e/ou ambiental ao asbesto (Hinds, 1978; Javholm et al., 1990; Cullem & Baloyi, 1991; Bégin et al., 1992; Musk et al., 1992; Englund, 1995; Frank, 1995b; Huuskonen et al., 1995; Lemen, 1995; Richter et al., 1995; Karjalainen et al., 1997).

Outras neoplasias malignas têm sido associadas à exposição ao asbesto, tais como o *câncer de laringe, câncer de orofaringe, câncer de estômago, câncer colo-retal, e câncer de rim*, localizações aparentemente menos influenciadas pelo tabagismo. Destas, a descrita com mais frequência é a laringe (Gottlieb, 1989; Becklake, 1998; Goodman et al., 1999).” (itálicos no original, grifos nossos)

Conforme sólido estudo com trecho acima copiado, constata-se que desde o início do século passado já se tem provas científicas de que o amianto (asbesto) é extremamente prejudicial à saúde humana, sendo responsável pela geração de *câncer de pulmão* e de outros tipos de *cânceres*, também bastante graves. Por sua vez, ao menos desde a década de 30 há provas e estudos científicos a demonstrar a extrema gravidade do contato com o amianto, porquanto verificada a incidência de *câncer de pulmão* naqueles que tiveram contato

com a substância, ainda que por pouco tempo, com latência para o aparecimento da doença entre 30 e 35 anos. E há um agravante, pois os familiares (em especial crianças) daquele que teve contato com o amianto podem também contrair *câncer de pulmão* em razão da presença de fibras do asbesto que ficam nas roupas usadas no labor e são levadas para casa.

Note-se que a situação é extremamente grave!

E, para piorar o que já é grave, constata-se que desde o início do século passado já se conhece os riscos do contato com o amianto, mas, ainda assim, a reclamada decidiu expor trabalhadores brasileiros a essa terrível substância, fazendo pouco-caso da vida de pessoas que necessitam da venda da força de trabalho para sobreviver e menoscabo às leis nacionais e ao próprio Poder Judiciário.

Nessa toada, verifico que a forma de atuação da reclamada é gravíssima, pois mesmo sabendo dos efeitos deletérios do contato com o amianto, decidiu expor trabalhadores brasileiros a essa perigosíssima substância, o que deve ser levado em conta na fixação da reparação por danos morais.

Deve-se observar também que a empresa, em vez de tentar minorar os danosos efeitos de seus atos – que foram deliberados, friso – tentou esquivar-se de suas responsabilidades ao “firmar acordo” extrajudicial com o reclamante em valor ínfimo, mesmo tendo pleno conhecimento acerca da gravidade da doença contraída pelo obreiro, a qual agrava-se constantemente. E, ainda pior, a reclamada tem a ousadia de juntar aos autos referido “acordo” para tentar impedir que o mérito da demanda do autor seja apreciado pelo Juízo.

Enfim, a reclamada (i) expõe deliberadamente a saúde alheia a substância que causa *câncer* de extrema gravidade (nos pulmões), mesmo sabendo dos riscos disso; (ii) quando obrigada por lei, a despeito de cumpri-la, faz com que o autor assine um documento que tem por finalidade retirar-lhe o direito de ser efetivamente reparado pela grave doença contraída, que já era em certo ponto imaginada pela ré, porquanto teve acesso a exames médicos e sabia que o quadro do autor iria piorar; e (iii) ao ser processada, junta referido documento com a intenção de não responder pelos seus atos, mesmo sabendo que tal documento não possui valor algum. A conduta da reclamada é danosa e gravosa do começo ao fim!

Ainda assim, finge em seu website ser cumpridora da lei e respeitar a dignidade alheia, prezando pelo *respeito à legalidade, ao meio ambiente, à saúde e segurança do trabalho e ao direito de seus empregados*⁶, conforme consta textualmente no sítio eletrônico.

Tais afirmações parecem um escárnio, porque o que se constatou neste feito é exatamente o oposto, eis que a reclamada (i) não respeitou as leis ao expor trabalhadores a substância cancerígena, mesmo sabedora disso; (ii) não respeitou o meio ambiente ao utilizar substância cancerígena na sua produção, mesmo tendo amplo conhecimento disso; (iii) não respeitou a saúde e segurança no meio ambiente de trabalho ao utilizar substância cancerígena na sua produção; e (iv) não respeitou o direito de seus empregados à manterem-se sau-

⁶<https://www.saint-gobain.com.br/grupo-saint-gobain/compromisso> acessado em 23.09.2018, às 23h55min.

dáveis ao utilizar substância cancerígena na sua produção e ainda tentou tolher-lhes o direito de ingressar com ação para buscar a justa reparação.

Por certo que tais condutas devem ser levadas em consideração na fixação do montante reparatório.

Além disso, a reparação por danos morais deve ter também como parâmetros a capacidade econômica da ofensora (uma das maiores multinacionais do mundo, com atuação em diversos segmentos da economia como indústria, construção civil, varejo, dentre outros), a gravidade da lesão (muito alta), as consequências da lesão (gravíssimas, pois houve redução de 100% da capacidade laboral e a doença contraída “evoluir” para um *câncer* em razão da exposição ao amianto), ter atuado o labor como causa e o caráter pedagógico da reparação.

Nesse contexto, passo a adotar o critério de fixar em R\$ 50.000,00 cada 1% de capacidade laboral reduzida, observando-se os parâmetros acima mencionados (condutas da ré, porte, gravidade da lesão, efeitos sobre a vida da vítima etc), a fim de tornar mais objetiva a fixação de valores, ocorrendo variação caso outros fatores exijam a majoração desse valor-base.

No caso, o percentual de 100% ora fixado com base no laudo pericial equivale a uma indenização de R\$ 5.000.000,00. Ressalto, por oportuno, que o valor indicado pelo autor a idêntico título em petição inicial não vincula o Juízo, configurando-se, em verdade, sugestão de valor mínimo, que pode ser majorado caso a lesão verificada por perito judicial seja grave. Até porque ao ingressar com a ação judicial, no caso de doença ocupacional, o autor não tem pleno conhecimento da gravidade desta.

Por fim, deve-se ressaltar que, se o Poder Judiciário realmente deseja a redução das ocorrências de doenças ocupacionais – se as campanhas divulgadas na mídia não forem apenas figura de retórica -, as punições devem ser suficientes a estimular o transgressor a não mais repetir a transgressão. Afinal, o empresário investirá em segurança e saúde no trabalho apenas e tão somente quando for mais vantajoso tal investimento do que o custeio de indenizações. Até lá, preferirá custear indenizações a investir em segurança e, ao mesmo tempo, fingir que se preocupa com a saúde de seus empregados.

Saliento, ainda, que a empresa afirma ser uma dos cem maiores grupos industriais do mundo⁷, ou seja, possui gigantesca capacidade financeira.

Portanto, **julgo procedente o pedido de reparação por danos morais no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)**, atualizada até a presente data, com base nos arts. 186, 421, 927, 944 e 949 do Código Civil e no princípio da boa-fé contratual (aplicado em toda relação contratual, especialmente nos contratos de trabalho e consumo).

Indefiro a dedução dos valores eventualmente pagos em “acordo extrajudicial”, pois a prática é ilícita e, assim, os valores não podem ser deduzidos ou compensados.

⁷“As one of the top 100 industrial groups in the world and one of the 100 most innovative companies...” in <https://www.saint-gobain.com/en/group/about-saint-gobain>, acessado em 02.07.2018, às 15h50.

d.2.) Indenização por danos materiais.

Cumpra esclarecer, a fim de que não parem dúvidas sobre o ponto, que o autor requereu expressamente indenização por danos materiais no tópico que trata dos fundamentos dos pedidos, expondo causa de pedir para tanto, e no rol de pedidos requereu lucros cessantes. Assim, devidamente realizado o pedido de indenização por danos materiais, o que foi contestado pela empresa e, assim, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Prossigo.

Em tópico acima foi decidido que o reclamante sofreu redução de 100% de sua capacidade laborativa por culpa da reclamada.

Tendo em vista que a incapacidade laborativa do autor é total e permanente, faz jus ao pensionamento desde a data da distribuição da presente ação até o seu falecimento.

Considerando que o pacto cessou há mais de trinta anos, inexistindo, portanto, como se atualizar de maneira confiável o salário do autor, o Juízo arbitra o valor da pensão mensal no equivalente ao montante necessário para uma vida digna do brasileiro, estabelecido pelo Dieese⁸ (chamado de “salário mínimo necessário”), além dos correspondentes 13º salários.

No caso, não há se falar em correção monetária das parcelas vincendas, uma vez que o Dieese calcula o valor do “salário mínimo necessário” mensalmente, pelo que deverá ser observada a atualização mensal da parcela.

Para o cumprimento da decisão, deverá a ré constituir capital que proporcione o pagamento das pensões a que foi condenada, na forma do art. 533 do CPC, a critério do juízo executório, tendo em vista o interesse público envolvido e o princípio da segurança jurídica, devendo comprovar tal constituição no prazo de 15 dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de execução.

Saliento que as partes poderão requerer o aumento ou diminuição do capital ou garantia constituída, em razão de tornar-se inadequada ou desproporcional à continuidade do pagamento das pensões, tanto pelo excesso quanto pela insuficiência, tudo a critério do juízo executório e de acordo com o art. 533, § 3º, do CPC.

As pensões vencidas, incluindo a que se refere ao 13º salário, a contar da distribuição da presente, deverão ser pagas após regular fase de liquidado da obrigação, com juros e correção monetária (pelo IPCA-E), conforme abaixo estipulado.

Portanto, **julgo procedente o pedido de indenização por danos materiais, que deverá ser paga mediante pensão mensal vitalícia ao reclamante, inclusive os 13º salários, no valor equivalente ao chamado “salário mínimo necessário” estabelecido pelo Dieese, corrigidos mensalmente pelo Dieese, além dos correspondentes 13º salários, desde a distribuição da presente até o seu falecimento, através de constituição de capital**, tudo com base nos arts. 186, 927, 944, 949 e 950 do Código Civil, art. 533 do Código de Processo Civil e Súmula 313 do Eg. STJ.

A pensão mensal vitalícia não poderá ser compensada ou

⁸<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>, acesso em 24.09.2018 às 11h27.

deduzida de eventual benefício previdenciário ou aposentadoria, pois possuem natureza jurídica distintas.

d.3) Tutela de urgência ex officio.

Considerando que o autor está total e permanentemente inapto para o trabalho, conforme laudo pericial, e que a ausência de salários, no momento do desemprego e da falta de condições para trabalhar, é medida extremamente grave em face do trabalhador, presente o perigo de dano ao resultado útil do processo.

Além disso, a sentença foi favorável ao obreiro, embasada em laudo pericial, de maneira que presente o requisito da probabilidade do direito.

E, por se tratar de “verbas alimentares” em sentido amplo (valores para manutenção própria durante a enfermidade), de inclusão social e dignificação humana (condições de realizar tratamento médico adequado, notadamente em razão de danos respiratórios advindos do asbesto, e de cumprimento pela empresa de sua função social (art. 170, III, da Constituição Federal⁹), assumindo os riscos de seu empreendimento (art. 2º da CLT¹⁰), presente também o dano de difícil ou impossível reparação, preenchidos dessa forma os requisitos do art. 300.

Há que se ressaltar que todo empregado faz jus ao recebimento dos salários do período trabalhado e proteção previdenciária, assim como ao pensionamento quando contrair doença em razão do trabalho, pois:

- (i) a República Federativa do Brasil possui como fundamentos a dignidade humana e a valorização social do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF¹¹) e, para que isso seja cumprido, deve-se respeitar o ser humano, valorizando o labor prestado e garantindo que o trabalhador não seja tratado como objeto que, após a “utilização”, é imediatamente descartado e substituído (como a televisão que possuímos em casa);
- (ii) a Constituição Federal, no art. 170, prevê que as empresas devem exercer uma função social e, no caso, a mais elementar função social a ser cumprida pela demandada é realizar o pensionamento do autor, em atenção à decisão judicial;
- (iii) os contratos possuem uma função social (art. 421 do Código Civil¹²), notadamente os contratos de trabalho, e a liberdade da empresa contratar possui limites na função

⁹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...).

¹⁰Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. (...) (grifo nosso)

¹¹Art. 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: (...) III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...).

¹²Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

social desse mesmo contrato, e esse limite se dá também no pleno respeito às leis trabalhistas e previdenciárias, incluindo o pensionamento decorrente das doenças contraiadas em razão do próprio contrato de trabalho; e

(iv) também em respeito à boa-fé que deve existir em toda relação contratual (art. 422 do Código Civil¹³), especialmente nos contratos de trabalho. Ato em sentido contrário viola de forma patente a boa-fé que deve existir entre as partes contratantes.

Portanto, **concedo a tutela de urgência ex officio para determinar que a reclamada inicie o pagamento das pensões mensais definidas em sentença no prazo de 10 (dez) dias, e até o quinto dia útil de cada mês**, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), com base no art. 497 do CPC.

d.3.) Convênio médico. Manutenção.

Ainda, considerando que os danos respiratórios do autor ocorreram por culpa da reclamada, conforme sólido laudo pericial, **julgo procedente o pedido de fornecimento de plano de saúde ao reclamante com ampla e total cobertura de todo e qualquer tratamento, cirurgia, exames e medicamentos necessários para tratar a doença contraída e seus agravamentos**, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), revertida ao reclamante, em caso de cessação do referido convênio médico, com base no art. 497 do CPC.

e) Honorários de sucumbência. Indenização por perdas e danos.

Tendo em vista que (i) a Lei 5.584/70 trata na realidade da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho e não de honorários advocatícios devidos pela sucumbência; (ii) inexistente qualquer determinação de que *na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios somente são devidos quando houver assistência por sindicato*; (iii) o princípio da sucumbência vige no processo do trabalho, pois o art. 16 assinala que os honorários advocatícios devem ser pagos *pelo vencido* e o sucumbente paga as custas processuais, inclusive o trabalhador (art. 789, II, § 1º da CLT), o que se dá também com relação aos honorários periciais (art. 790-B da CLT); (iv) o disposto no art. 11 da Lei 1.060/50 foi tacitamente revogado pela Lei n. 5.869/73 (Código de Processo Civil), que deu novo tratamento ao tema em seu art. 20, recentemente revogado pela Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), tanto que nos processos cíveis são os sucumbentes condenados com base no art. 85 do novo CPC e não mais com base no art. 11 da Lei n. 1.160/50; (v) a Lei n. 5.584/70 não mais pode ser invocada no que tange à assistência judiciária gratuita, posto que derogados os dispositivos que tratam desse tema pela Lei n. 10.288/01, ao incluir o § 10 no art. 789 da CLT; (vi) atualmente, confere-se a faculdade ao juiz de conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem qualquer

¹³Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

vinculação à assistência sindical, conforme o § 3º do art. 790 da CLT; (vii) não se pode argumentar que a faculdade de postular sem a presença de advogado (art. 791 da CLT) elimina a existência dos honorários advocatícios pela sucumbência no processo do trabalho, primeiro porque o *ius postulandi* é excepcional, segundo porque não é recomendável, face às cada vez mais complexas relações trabalhistas, terceiro porque é uma *faculdade* da parte, que não pode ser prejudicada ao não exercê-la; (viii) a prestação jurisdicional justa consiste na recomposição integral do patrimônio material ou imaterial da parte lesada, sem que sofra qualquer diminuição nestes, de maneira que a parte ofensora arque com todos os custos para a recomposição integral da lesão que causou; (ix) o atual Código Civil determina que o devedor que não cumpre sua obrigação oportunamente responde por perdas e danos, acrescidos de juros, atualização monetária e honorários advocatícios, assim, tais honorários são devidos pelo mero inadimplemento de uma obrigação, independentemente da sucumbência no processo, que devem ser pagos, com muito maior razão, quando a parte inadimplente é sucumbente num processo; (x) a *escolha* dada ao trabalhador é a seguinte: ou atua sem advogado e suas chances de vitória serão muito reduzidas, além de não saber o que efetivamente pleitear, ou contrata advogado, aumentando suas chances de vitória, e *abre mão* de 20 ou 30% do seu verdadeiro crédito.

É ou não uma meia justiça? Meia justiça não, melhor seria justiça com 20 ou 30% de desconto! E, para o empregador, que não pagou oportunamente seu empregado, acaba sendo um bom negócio o processo, pois *pode* ter que pagar o que deve, mas pode pagar menos do que deve, pois a prova no processo pode não ser favorável ao trabalhador e, ainda que este *ganhe* tudo que tinha direito, não receberá a totalidade, pois tem que arcar com os custos de quem também trabalhou, seu advogado.

Trata-se de evidente e injusta *vitória moral* do empregador descumpridor das leis trabalhistas, pois sabe que seu empregado não receberá tudo que tinha direito!

De todo o exposto, **a ré deverá arcar com honorários decorrentes da sucumbência no total de 20% (vinte por cento) sobre a reparação por danos morais e sobre 48 (quarenta e oito) parcelas do pensionamento**, de acordo com o art. 85, § 2º do CPC, arts. 389 e 402 do Código Civil, Enunciado n. 79 da I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, princípios da integral reparação e teoria da causalidade.

Saliento que a condenação ao pagamento dos honorários pela sucumbência independe de pedido expresso da parte, conforme entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal constante na Súmula 256¹⁴ de sua jurisprudência.

Em decorrência do quanto exposto, deverão os honorários pagos a título de sucumbência serem descontados do total a

¹⁴ Súmula 256: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”. Tal súmula foi elaborada na vigência do CPC de 1939, mas mantém aplicação com o atual Código de Processo Civil.

ser recebido pelo patrono da parte (honorários contratados), a fim de que o trabalhador tenha sua lesão patrimonial efetivamente reparada e o profissional receba sua justa recompensa.

f) Contribuições previdenciárias e fiscais.

Não incide contribuição fiscal sobre os juros de mora.

Em atenção ao disposto no artigo 832, § 3º, da CLT, apondo o caráter indenizatório da totalidade das parcelas julgadas procedentes: reparação por danos morais, convênio médico e honorários advocatícios.

g) Demais considerações.

Fixo os honorários periciais médicos em R\$ 3.000,00 (três mil reais), atualizados até a presente data, suportados pela reclamada, eis que sucumbente no objeto da perícia, pelo que deverão ser deduzidos os valores já soerguidos pelo perito a título de honorários prévios (ID. 37611fa - Pág. 2).

Concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, de acordo com o artigo 790, § 3º, da CLT.

Fica autoriza a dedução dos valores comprovadamente pagos a idêntico título, de maneira global.

A liquidação não se limitará aos valores sugeridos pelo reclamante, devendo atender ao comando sentencial.

Juros de 1% ao mês, *pro rata die*, a teor do art. 39 da Lei 8.177/1991 e correção monetária pelo IPCA-E, a incidir a partir do mês seguinte ao da prestação dos serviços, de acordo com o art. 459 da CLT e Súmulas 200 e 381 do Eg. TST.

O valor da reparação por danos morais deverá ser atualizado a partir do proferimento da presente, aplicados os juros desde o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 439 do Eg. TST.

Ficam afastadas todas as alegações que sinalizam em sentido contrário ao aqui esposado, seguindo a mesma sorte a aplicação de diretrizes legais e/ou jurisprudenciais que da mesma forma não se coadunem com o presente comando decisório.

Ficam advertidas as partes, desde logo, que os embargos declaratórios com intuito meramente procrastinatório sofrerão uma rejeição pedagógica, com aplicação das penalidades legais, a fim de se garantir respeito aos princípios da duração razoável do processo e da boa fé processual.

Advirto, também, que os embargos de declaração que não aleguem efetiva omissão, obscuridade ou contradição – tal como as apresentadas alegando falta de congruência do decisório com súmula de jurisprudência ou lei - não serão conhecidos, eis que os pressupostos de conhecimento do recurso apresentado não estarão presentes.

No mais, o juízo não está obrigado a fazer da fundamentação uma resposta simétrica aos argumentos lançados pelas partes. Deve expor os motivos que conduziram sua persuasão racional de forma clara (princípio do livre convencimento motivado, CF, art. 93, IX e CPC, art. 371).

h) “Reforma” trabalhista. Inaplicabilidade.

As normas processuais e materiais trazidas pela Lei 13.467/2017 não são aplicáveis aos processos ajuizados antes de sua entrada em vigor (11.11.2017), posto que altera-

ram profundamente o Direito e o Processo do trabalho e sua aplicação nos feitos em curso geraria grave insegurança às partes. Isso sem adentrar a necessária análise da constitucionalidade, convencionalidade, legitimidade e aplicabilidade da referida lei, o que será realizado oportunamente, friso.

III – CONCLUSÃO.

ISTO POSTO E MAIS O QUE CONSTA NOS AUTOS DA AÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELO RECLAMANTE **ALOÍSIO RAMIRO PINHEIRO** EM FACE DA RECLAMADA **SAINT GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, DECIDO, EM SEDE MERITÓRIA, JULGAR PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL PARA CONDENAR A RECLAMADA A CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM (I) FORNECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE AO RECLAMANTE COM AMPLA E TOTAL COBERTURA DE TODO E QUALQUER TRATAMENTO, CIRURGIA, EXAMES E MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA TRATAR A DOENÇA CONTRAÍDA E SEUS AGRAVAMENTOS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS), ATÉ O LIMITE DE R\$ 500.000,00 (QUINHENTOS MIL REAIS), REVERTIDA AO RECLAMANTE; E PARA CONDENAR A RECLAMADA A PAGAR AO RECLAMANTE O VALOR REFERENTE ÀS SEGUINTE PARCELAS:

(I) REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 5.000.000,00 (CINCO MILHÕES DE REAIS), ATUALIZADA ATÉ A PRESENTE DATA;

(II) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, QUE DEVERÁ SER PAGA MEDIANTE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA AO RECLAMANTE, INCLUSIVE OS 13º SALÁRIOS, NO VALOR EQUIVALENTE AO CHAMADO “SALÁRIO MÍNIMO NECESSÁRIO” ESTABELECIDO PELO DIEESE, CORRIGIDOS MENSALMENTE PELO DIEESE, ALÉM DOS CORRESPONDENTES 13º SALÁRIOS, DESDE A DISTRIBUIÇÃO DA PRESENTE ATÉ O SEU FALECIMENTO, ATRAVÉS DE CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL;

(III) HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO TOTAL DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E SOBRE 48 (QUARENTA E OITO) PARCELAS DO PENSIONAMENTO;

(IV) JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, ESTA PELO IPCA-E.

CONCEDO TUTELA DE URGÊNCIA *EX OFFICIO* PARA DETERMINAR QUE A RECLAMADA INICIE O PAGAMENTO DAS PENSÕES MENSAS DEFINIDAS EM SENTENÇA NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, E ATÉ O QUINTO DIA ÚTIL DE CADA MÊS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS), ATÉ O LIMITE DE R\$ 500.000,00 (QUINHENTOS MIL REAIS). OS HONORÁRIOS PERICIAIS MÉDICOS SERÃO CUSTEADOS PELA RECLAMADA, DEVENDO-SE DEDUZIR OS VALORES SOERGUIDOS PELO PERITO A TÍTULO DE HONORÁRIOS PRÉVIOS. NÃO INCIDEM CONTRIBUIÇÕES FISCAIS SOBRE OS JUROS DE MORA. CONCEDO AO RECLAMANTE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. INEXISTEM RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. QUANTO À IN-

DENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, PARA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO, DEVERÁ A RÉ CONSTITUIR CAPITAL QUE PROPORCIONE O PAGAMENTO DAS PENSÕES A QUE FOI CONDENADA, NA FORMA DO ART. 533 DO CPC, A CRITÉRIO DO JUÍZO EXECUTÓRIO, DEVENDO COMPROVAR TAL CONSTITUIÇÃO NO PRAZO DE 15 DIAS DA INTIMAÇÃO DA PRESENTE DECISÃO, SOB PENA DE EXECUÇÃO. AS PARTES PODERÃO REQUERER O AUMENTO OU DIMINUIÇÃO DO CAPITAL OU GARANTIA CONSTITUÍDA, EM RAZÃO DE TORNAR-SE INADEQUADA OU DESPROPORCIONAL À CONTINUIDADE DO PAGAMENTO DAS PENSÕES, TANTO PELO EXCESSO QUANTO PELA INSUFICIÊNCIA, TUDO A CRITÉRIO DO JUÍZO EXECUTÓRIO. AS PENSÕES VENCIDAS, INCLUINDO A QUE SE REFERE AO 13º SALÁRIO, A CONTAR DA DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO, DEVERÃO SER PAGAS APÓS REGULAR FASE DE LIQUIDADO DA OBRIGAÇÃO, COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA (PELO IPCA-E). CUSTAS PELA RECLAMADA, NO VALOR DE R\$ 120.000,00 (CENTO E VINTE MIL REAIS), CALCULADAS SOBRE O VALOR LÍQUIDO DADO À CONDENAÇÃO, DE R\$ 6.000.000,00 (SEIS MILHÕES DE REAIS). ENCAMINHAR OFÍCIO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, DE MANEIRA IMEDIATA. ENCAMINHAR CÓPIA DA PRESENTE À PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO POR MEIO DO SEGUINTE ENDEREÇO ELETRÔNICO (PRF3.REGRESSIVAS@AGU.GOV.BR), COM CÓPIA AO EG. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, POR MEIO DO SEGUINTE ENDEREÇO ELETRÔNICO (REGRESSIVAS@TST.JUS.BR). CIENTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS.

IGOR CARDOSO GARCIA

Juiz do Trabalho Substituto

Processo n. 1000641-81.2019.5.02.0047
 Ação civil pública
 Autor: Ministério Público do Trabalho
 Réu: Banco Safra S/A

Designado julgamento deste processo para o dia 09.12.2019, foi proferida a seguinte sentença pelo Juiz do Trabalho Substituto Marcelo Azevedo Chamone.

O MPT ajuizou a presente ação tendo por objeto a adequação de procedimentos adotados pela demandada a padrões que assegurem o efetivo desestímulo de condutas violadoras a direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como trabalho escravo, trabalho infantil, e danos à integridade física em razão de condições adversas do ambiente de trabalho, conforme norma editada pelo Conselho Monetário Nacional, no exercício de competência delegada pela União (id 6f35519), atribuindo à causa o valor de R\$ 2.000.000,00. Rejeitada a conciliação inicial, a reclamada apresentou contestação, arguindo preliminares de incompetência material, ilegitimidade ativa, irregularidade de representação do MPT, e inépcia dos pedidos formulados na inicial, bem como impugnação ao valor da causa, e no mérito, a improcedência da ação. As preliminares arguidas foram rejeitadas (id 75a5ef2). Colhidos depoimentos de duas testemunhas (id 70e9a75 e e8ca757). Razões finais apresentadas (id 523fd6f, o MPT, e e3c8c89, o réu). Conciliação final rejeitada. Relatados, decido.

1. A FUNÇÃO DO ESTADO E A FUNÇÃO DA EMPRESA

A República Federativa do Brasil foi constituída em 08.10.1988 como um estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), com fundamento na vontade popular (art. 1º, parágrafo único). Assim, impõe-se a necessária realização de uma democracia substancial e formal, de modo que os meios e os fins (dentre os quais a igualdade jurídica, social, e econômica) do ideal democrático sejam concretizados através do constante aperfeiçoamento das instituições estatais e privadas.

O estado democrático de direito refere-se a um compromisso de realizar direitos fundamentais, tendo como principal característica a fixação de limites legais ao exercício do poder (Rubens Casara, *Estado pós-democrático*, p. 19).

Embora comumente se entenda que esses limites são fixados contra o Estado em favor do cidadão, trata-se de uma perspectiva histórica da classe burguesa, que tem o Estado como seu principal opressor. Uma visão mais ampla, contudo, permite enxergar outras relações de opressão que devem também ser tuteladas de forma semelhante, cabendo ao direito limitar o poder enquanto fato social, atribuindo consequências ao seu uso abusivo em relações assimétricas (cf. Fábio Ulhôa Coelho, *Poder e direito*, p. 3, in: *Enciclopédia Jurídica da USP*, t. 1)

Os detentores do poder (econômico, político, ...) não precisam de proteção do Estado;¹ a existência deste somente se

1. "(...) o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, (...) os fortes exercem o poder e os fracos se submetem" (Tucídides, *História da guerra do Peloponeso*, Livro V, n. 89). Em sentido semelhante: "All for ourselves,

justifica ao fornecer proteção aos submetidos àqueles. Assim é que se estabelecem normas de proteção aos que se encontram em situação de vulnerabilidade nas relações de consumo, de emprego, e também familiares e afetivas. É a limitação/domesticação rígida do poder autoritário/arbitrário – o *poder nu* (expressão de Giorgio Aganbem) – a principal fundamentação das normas de proteção e função do ordenamento, vinculando à normatividade constitucional, tanto no plano material (conteúdos relevantes), quanto no plano processual/procedimental (*formas processualmente relevantes*) (Rubens Casara, *Estado pós-democrático*, p. 19-21).

Deixar sem limites o exercício de qualquer poder, inclusive o econômico, é apagar a democracia;² cabe ao Judiciário ser o garantidor dos direitos fundamentais, e não permitir que o direito perca seu papel de regulador social e se transforme em apenas outro instrumento para o mercado: o estado democrático de direito "não se contenta com a democracia meramente formal. (...) só há Estado Democrático de Direito se existir democracia substancial/constitucional, isto é, se além do sufrágio universal e da participação popular na tomada de decisões, também se fizer presente o respeito aos direitos e às garantias fundamentais" (Rubens Casara, *Estado pós-de-*

and nothing for other people, seems, in every age of the world, to have been the vile maxim of the masters of mankind" [Tudo para nós e nada para os outros, parece, em todas as idades do mundo, ter sido a vil máxima dos senhores da humanidade] (Adam Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Cap. IV).

2. Sobre a correlação dos poderes econômico e político, v. Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 46-47 – "a grande corrupção gera a sua própria legalidade, que passa pela apropriação da política" e a *captura do Estado* (expressão de Nicholas Shaxson) (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 86), e também: <https://www.theguardian.com/world/2019/nov/15/bribery-allegations-over-fishing-rights-rock-iceland-and-namibia>; <https://www.instagram.com/p/B5K27ncAErT/>. A Lei n. 9504, 30.09.1997, que alterou diversos dispositivos da Lei n. 9096, de 19.09.1995, somente foi afirmada inconstitucional pelo STF "a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos" – ADI n. 4650, rel. min. Luiz Fux, j. 17.09.2015 precisamente sob o argumento de se evitar a "captura do processo político pelo poder econômico". "A dimensão jurídica está em plena evolução, já que as corporações estão constituindo um Judiciário paralelo que lhes permita processar os Estados, ampliando radicalmente os seus instrumentos jurídicos de poder político" (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 88) – exemplo eloquente é a referência ao abuso do poder regulatório contidos no art. 4º, da MPv n. 881, de 30.04.2019, convertida na Lei n. 13.874, de 20.09.2019 (no projeto de conversão – PLV n. 17/2019 – chegou a haver previsão expressa e mais detalhada nos arts. 12, 32 (alterando o art. 36, da Lei n. 12.529, de 30.11.2011), e no art. 3º, §13 previa direito de indenização ao empresário – https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1782158). "A crise global aberta em 2008 tornou incompatível autonomia do Estado nacional com supremacia dos mercados, fazendo da aristocracia financeira internacional promotora de conluio seletivo com elites endinheiradas para adotar programa de extrema direita que desmonta o que há de nação" Marcio Pochmann, in: <https://twitter.com/MarcioPochmann/status/1181512711307436033>.

mocrático, p. 37-38, 42-43, 63).

Contudo, a história brasileira é marcada por governos autoritários e quase-autoritários, com breves "soluções" de democracia, insuficientes em tempo e conteúdo para estabelecer uma cultura democrática no país, pois, para manter o seu poder, os integrantes das classes dominantes nunca hesitaram em sacrificar a democracia,³ apresentada como culpada pelos problemas criados por eles mesmos.

A tradição autoritária que condiciona a atuação dos atores sociais não permite o seu rompimento (Rubens Casara, *Estado pós-democrático*, p. 73), impedindo a compreensão de um texto democrático, o que leva à incapacidade de produzir um conteúdo democrático, pois, se compreender é aplicar (cf. Hans-Georg Gadamer), o defeito naquele leva inevitavelmente ao defeito neste.

É preciso, portanto, colocar-se fora do contexto cultural antidemocrático e viabilizar uma releitura dos textos legais, desta vez com uma lente *verdadeiramente democrática*, o que leva à revisão de diversos posicionamentos consolidados onde há uma normalização do poder arbitrário daqueles que ocupam posições privilegiadas nas relações sociais.

E para que seja possível essa abordagem *verdadeiramente democrática* que leve à apropriação da política pela cidadania, temos que superar o modelo da chamada *democracia liberal* (ou *democracia burguesa*), que, deixando de lado os aspectos substanciais, preocupa-se exclusivamente com aspectos formais, utilizados para legitimar o controle do aparato estatal pelas classes detentoras do capital (não só do *capital econômico*, mas também *político, social, ...*), em detrimento da massa de pessoas que para viver depende exclusivamente de seu próprio trabalho (braçal ou intelectual da mesma forma).⁴

A preocupação com a superação das desigualdades está

3. Aristóteles afirmou que se numa democracia perfeita houver um pequeno número de pessoas muito ricas e um grande número de pessoas muito pobres, os pobres usarão seus poderes democráticos para tomar a propriedade dos ricos, situação que ele considerava injusta, recomendando que a pobreza fosse reduzida para evitar esse problema. James Madison, um dos *pais fundadores* dos EUA, percebeu o mesmo problema mas colocou como solução a redução da democracia – ele propunha que a minoria opulenta deveria ter meios de se defender contra a maioria (<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0044>), ou como preferia colocar seu colega John Jay: "The people who own the country ought to govern it" ("As pessoas que são donas do país devem governá-lo") (Noam Chomsky, *That dangerous radical Aristotle*, disponível em <https://chomsky.info/commongood02/>).

4. Situação bem tratada na conhecida citação de Anatole France, retirada de seu romance *Le lys rouge* (1894, p. 118): "Autre motif d'orgueil, que d'être citoyen! Cela consiste pour les pauvres à soutenir et à conserver les riches dans leur puissance et leur oisiveté. Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain." ("Outro motivo de orgulho é ser cidadão! Isso consiste para os pobres sustentar e conservar os ricos em seu poder e sua ociosidade. Eles devem trabalhar diante da majestosa igualdade das leis, que proíbem tanto os ricos quanto os pobres de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão").

estampada (e frequentemente ignorada,⁵ inclusive pelos próprios agentes públicos) logo na abertura da Constituição Federal como **princípio fundamental** da ordem jurídica, devendo, portanto, orientar todo ato de interpretação/aplicação do direito:⁶

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;

(...).

A ordem jurídica não admite a sobreposição de interesses privados sobre os coletivos (cf. art. 5º, do Decreto-lei n. 4657, de 04.09.1942). O texto constitucional é inequívoco ao atribuir uma *função social* a toda forma de propriedade – não apenas à propriedade imóvel (arts. 5º, XXIII, e 170, III, e também os arts. 182, 184, 185, 186, estes especificamente sobre a propriedade urbana e rural), mas a todo e qualquer tipo de propriedade, inclusive, e sobretudo, os bens de produção e o capital (cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 789-790; Eros Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988, passim*; Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 419).

Assim, os interesses coletivos têm preferência sobre a satisfação de interesses egoísticos, sob pena de se caracterizar abuso de direito (art. 187, do CC), projetando-se na função social dos contratos (art. 421, do CC) e da própria empresa, pois, "conjugando os fatores de produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm, indiscutivelmente, *dimensão transindividual ou comunitária*", sobretudo ao se verificar a sua articulação entre *contrato* e *sociedade* (Judith Martins-Costa, *Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato, in: Estudos de direito do consumidor*, n. 7, 2005, p. 51-52).

Deste modo é que a própria Constituição Federal estabelece que **"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"** (art. 170, *caput*), enumerando uma série de princípios

5. "Não poucos autores negam juridicidade às normas constitucionais programáticas. Seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade. (...) Essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado" José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2002, p. 152-153.

6. Sobre o tema é essencial a leitura de artigo da professora Maria Celina Bodin de Moraes, *O princípio da solidariedade*, in: A. C. Alves Pereira, C. de Albuquerque Mello (orgs.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, 2003, p. 527-556.

que devem pautar a atuação dos agentes econômicos,⁷ dentre os quais merecem destaque a já citada função social da propriedade (inciso III), defesa do meio ambiente (inciso VI), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII), e a busca do pleno emprego (inciso VIII), como instrumentos para a realização da existência digna da pessoa humana, objetivo último do Estado (arts. 1º e 3º, da CF).

Inclusive sob a perspectiva de aplicação horizontal dos direitos fundamentais, já reconhecida pelo STF (cf., por todos, RE n. 201.819, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005), a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica (cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 790)⁸.

Trata-se de premissa oposta àquela apoiada por defenso-

7. “(...) o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade. O primeiro deles é a soberania nacional. Nada fora do pacto constituinte. Nenhuma vontade pode se impor de fora do pacto constitucional, nem mesmo em nome de alguma racionalidade da eficiência, externa e tirânica. O segundo é a propriedade privada, condição inerente à livre iniciativa. O terceiro é a função social da propriedade, que tem a ver com a valorização do trabalho humano e confere o conteúdo positivo da liberdade de iniciativa. O quarto é a livre concorrência: a livre iniciativa é para todos, sem exclusões e discriminações. O quinto é a defesa do consumidor, devendo-se velar para que a produção esteja a serviço do consumo, e não este a serviço daquela. O sexto é a defesa do meio ambiente, entendendo-se que uma natureza sadia é um limite à atividade e também sua condição de exercício. A redução das desigualdades regionais é o sétimo. Trata-se de um princípio-finalidade, um sentido de orientação. O oitavo é a busca do pleno emprego. Também é um princípio-finalidade, condição para a valorização do trabalho humano. O último é o tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. É um princípio de equalização, que parte das desigualdades de fato, mas impõe um dever de condições mínimas de acesso à livre iniciativa.

“Esses nove princípios não se contrapõem aos fundamentos da ordem, mas dão-lhes seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos” (Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Congelamento de preços – tabelamentos oficiais*, in: *Revista de direito público*, n. 91, p. 77-78).

8. A ordem econômica delineada na Constituição prevê medidas e princípios que “poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados” (Josaphat Marinho, *A ordem econômica e social nas Constituições brasileiras*, in: *Revista de direito público*, n. 19, p. 59). Neste sentido, é paradigmática a decisão do STJ: REsp n. 453404, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 01.04.2003.

res do liberalismo econômico da linha de Milton Friedman,⁹ para quem dizer que a empresa tem responsabilidades sociais é pregar o “socialismo puro e inalterado”, e que o administrador da empresa tem responsabilidade direta apenas com seus empregadores, de conduzir o negócio de acordo com os seus desejos, que geralmente será de obter o máximo de lucro possível enquanto se adequa às regras básicas da sociedade incorporadas na lei e nos costumes éticos – pois, afirma, do contrário ele estaria gastando o dinheiro do sócio, ou do consumidor, ou do trabalhador, como se estivesse arrecadando tributos e ao mesmo tempo decidindo como gastar esses tributos, funções que são governamentais.

O economista da Universidade de Chicago, em seu *liberalismo utópico*¹⁰ num “mundo imaginário de indivíduos livres e iguais”, defende que o fundamento da *sociedade livre* seria o livre mercado baseado na propriedade privada dos meios de produção e que os mecanismos do mercado, e não os políticos, são o caminho apropriado para a alocação de recursos escassos em usos alternativos. Mas livre para quem? Para os proprietários dos meios de produção, que são, ao fim e ao cabo, os únicos capazes de efetivamente agir com liberdade, deixando de lado, como meros coadjuvantes da sociedade, todos os demais; as belas frases e elogios à liberdade camuflam a opressão – o *liberalismo real* é selvagem, violento e egoísta, cultivando uma empresa ensimesmada, que não se enxerga colocada no mundo onde suas ações afetam seu arredor e que a comunidade afetada pelas ações da empresa por sua vez também a afetam.

A *função social da empresa* “não tem por fim aniquilar liberdades e direitos dos empresários e tampouco de tornar

9. O seguinte artigo é bastante representativo da sua postura: *The social responsibility of business is to increase its profits*, The New York Times Magazine, 13.09.1970, disponível em <http://umich.edu/~the-core/doc/Friedman.pdf>.

10. “La economía liberal introduce la anarquía en el campo de la economía. Los intereses colectivos no rezan en ella en primera fila. Su satisfacción es, a lo sumo, un resultado, pero no un objetivo, en la producción. En el orden de lo moral, Adam Smith había creado una economía aética. La utilidad individual es el único fin del productor. El lucro, el único estímulo de la producción. El trabajo queda convertido en mercancía, y el trabajador al margen de una distribución justa. Además, el liberalismo económico centra en el bienestar individual toda la economía, como si ésta pudiera dejar cumplir un fin más alto y desinteresado: el bien común” (“A economia liberal introduz a anarquia no campo da economia. Os interesses coletivos não sua maior preocupação. Sua satisfação é, no máximo, um resultado, mas não um objetivo, na produção. Na ordem da moral, Adam Smith havia criado uma economia aética. A utilidade individual é o único fim do produtor. O lucro, o único estímulo da produção. O trabalho fica transformado em mercadoria, e o trabalhador à margem de uma distribuição justa. Ademais, o liberalismo econômico centra no bem-estar individual toda a economia, como se esta pudesse deixar de cumprir um fim mais elevado e desinteressado: o bem comum”) Carlos Garcia Oviedo, *Derecho administrativo*, p. 652 apud Neomésio José de Souza, *A evolução da ordem econômica nas constituições brasileiras e a adoção do ideal do desenvolvimento como programa constitucional*, in: *Revista de direito público*, n. 53-54, jan-jun.1980, p. 357.

a empresa mero instrumento para a consecução de fins sociais” mas impõe deveres e restrições à atuação da empresa, reinserindo “a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, fornecendo padrão mínimo de distribuição de riquezas e de redução de desigualdades”, proporcionando “benefícios para todos os envolvidos diretamente com a atividades e, ainda, com a coletividade” (Ana Frazão, *Função social da empresa*, p. 2 e 9, in: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, t. 4), conforme determinam os arts. 116 e 154, da Lei n. 6404, de 15.12.1976 (Lei das S/A):

Art. 116, Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades** para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e **para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.**

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.**

O beneficiário do crescimento econômico deve participar para amenizar os custos sociais do lucro que gera cada vez mais desigualdade em decorrência de uma política estatal econômica, social e tributária que, ao arripio das diretrizes básicas fixadas na Constituição Federal (art. 1º, II a IV), prioriza a justiça do mercado ao invés da justiça social (cf. Wolfgang Streeck, *Tempo comprador, passim*).

A *função social da empresa*, portanto, não pode se resumir a um caráter meramente programático, “é princípio que vincula a atividade empresarial à realização da justiça social, de maneira a modificar a noção de interesse social para abarcar todos os sujeitos que, de alguma forma, sejam afetados pela atividade empresarial, interna ou externamente”, impondo, ainda, “obrigações destinadas a garantir que o patrimônio, os lucros e demais recursos da companhia sejam igualmente investidos para o atendimento dos demais interesses que se projetam sobre a empresa” (Ana Frazão, *Função social da empresa*, p. 15, in: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, t. 4).

Essas premissas levam a uma leitura ampliada do *dever de diligência* previsto na legislação societária (art. 153, da Lei n. 6404, de 15.12.1976), que deve incluir adequação à legislação anticorrupção (Lei n. 12.846, de 01.08.2013) e antitruste (Lei n. 12.529, de 30.11.2011) (cf. Ana Frazão, *Função social da empresa*, p. 19, in: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, t. 4), e também as legislações gerais e especiais protetivas do ambiente, consumidores, trabalhadores,¹¹ e a comunidade em geral.¹²

11. Há previsão expressa na Constituição Federal de que a propriedade rural somente atenda à sua função social quando forem observadas “disposições que regulam as relações de trabalho” e a exploração favorecer “o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (incisos III e IV), mas obviamente esta previsão deve ser estendida também às demais formas de propriedade.

12. Deveres gerais com a comunidade: CF, art. 182, §2º (referência

Seguindo nessa linha há uma série de mecanismos de regulação que visam a assegurar mais do que a livre concorrência,¹³ mas principalmente sobrepor o discurso economicista (tal qual o adotado pela defesa) de que a função da empresa se reduziria à criação de valor em favor de seus proprietários (cf. Rodrigo Trindade, *Função social do contrato de emprego*, 2008, p. 112), tais como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e o Conselho Monetário Nacional (CMN), bem como a legislação de defesa da concorrência, do consumidor, do trabalhador, e do ambiente.

Ao tratar especificamente do sistema financeiro nacional a Constituição fixa como objetivos deste “promover o desenvolvimento equilibrado do País” e “**servir aos interesses da coletividade**” (art. 192, na redação dada pela EC n. 43,¹⁴ de 29.05.2003), objetivo que deve ser reforçado na regulamentação a ser elaborada pelo CMN,¹⁵ e na atuação das empresas estatais.¹⁶

Indo além, há o Decreto n. 9571, de 21.11.2018, que “Esta-

a regras de direito urbanístico); Lei n. 12.288, de 20.07.2010, em especial os arts. 39 e 41 (estatuto da igualdade racial); Lei n. 8213, de 24.07.1991, art. 93 (cotas para pessoas com deficiência); Lei n. 6404, de 15.12.1976, art. 116, §único (função social da empresa e interesses da comunidade).

13. Na prática isso se dá apenas em termos, vista a quase inércia estatal em conter o movimento contínuo de formação de cartéis, oligopólios, monopólios, e monopsonios privados – inclusive no setor financeiro, onde um pequeno número de empresas (através de fusões, incorporações, e outras práticas) domina a quase totalidade do mercado –, que é inerente ao modelo capitalista de produção (cf. David Harvey, *17 contradições e o fim do capitalismo*, 2014, p. 127-138; Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 39-67 e 93-114), mostrando-se com mais evidência na proporção da desregulamentação do setor.

14. Esta EC teve origem na PEC n. 53/1999, apresentada no contexto de liberalização de economia que será objeto de nova referência mais adiante, após ter parte significativa de seu conteúdo esvaziado em razão de decisões do STF que, na prática, liberaram a fixação de taxas de juros: ADI n. 4, rel. min. Sidney Sanches, j. 07.03.1991; Súmula n. 648, de 24.09.2003.

15. Cf. art. 3º, da Lei n. 4595, de 31.12.1964: “A política do Conselho Monetário Nacional objetivará: IV - Orientar a aplicação dos recursos das **instituições financeiras, quer públicas, quer privadas**; tendo em vista **propiciar**, nas diferentes regiões do País, **condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional**”.

16. Lei n. 13.303, de 30.06.2016, Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a **função social de realização do interesse coletivo** ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação. § 1º **A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos** geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte: I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

belece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos”, aplicável também às empresas privadas, afirmando “a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos” (art. 2º, II), e fixando diretrizes dentre as quais destaco (art. 3º):

- (...)
- IV - implementação de políticas, normas e incentivos à conduta das empresas quanto aos direitos humanos, por meio de: a) exigência de compromisso público de respeito aos direitos humanos e publicação de relatório anual das empresas; b) **estímulo à prestação de contas sobre os riscos de sua operação aos direitos humanos e exigência de adoção de medidas de prevenção, controle e reparação**; e c) estímulo ao estabelecimento de canais de denúncia para os colaboradores, os fornecedores e a comunidade;
- V - **prioridade de setores com alto potencial de impacto em direitos humanos**, tais como os setores extrativo, de varejo e bens de consumo, de infraestrutura, químico e farmacêutico, entre outros;
- VI - desenvolvimento de políticas públicas e realização de alterações no ordenamento jurídico, a fim de: a) considerar, além dos impactos diretamente gerados pela empresa, os **impactos indiretamente gerados pela cadeia de fornecimento**; b) estimular a criação de medidas adicionais de proteção e a elaboração de matriz de priorização de reparações e indenizações para grupos em situação de vulnerabilidade;
- VII - estímulo à **adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (due diligence) em direitos humanos**;
- VIII - orientação da **incorporação dos direitos humanos à gestão de riscos de negócios e de parcerias que venha a estabelecer, de modo a subsidiar processos decisórios**;
- (...)
- X - integração dos direitos humanos ao investimento social, aos projetos de desenvolvimento sustentável para as comunidades impactadas e às políticas de patrocínio;
- XI - **garantia de condições de trabalho dignas** para seus recursos humanos, por meio de ambiente produtivo, com remuneração adequada e em condições de liberdade, equidade e segurança, com estímulo à observância desse objetivo pelas empresas;
- XII - **combate à discriminação nas relações de trabalho e promoção da valorização da diversidade**;
- XIII - **promoção e apoio às medidas de inclusão e de não discriminação**, com criação de programas de incentivos para contratação de grupos vulneráveis;
- XIV - **estímulo à negociação permanente sobre as condições de trabalho e a resolução de conflitos**, a fim de evitar litígios;
- XV - **aperfeiçoamento dos programas e das políticas públicas de combate ao trabalho infantil e ao trabalho análogo à escravidão**;

- XVI - **estímulo à adoção de códigos de condutas em direitos humanos pelas empresas** com as quais estabeleça negócios ou atue em parceria, com estímulo do respeito aos direitos humanos nas relações comerciais e de investimentos estatais;
- XVII - garantia de posição de negociação equilibrada com a empresa para os grupos em situação de vulnerabilidade, com garantia de suporte técnico e, sempre que possível, apoio da Defensoria Pública do Distrito Federal, dos Estados e da União;
- XVIII - priorização de medidas para grupos em situação de vulnerabilidade e situações severas.

Às empresas, além do óbvio,¹⁷ são atribuídas as seguintes obrigações (art. 5º):

- I - **monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa**;
- II - **divulgar internamente os instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos**, tais como: a) os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; b) as Diretrizes para Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; e c) as Convenções da Organização Internacional do Trabalho;
- III - **implementar atividades educativas em direitos humanos para seus recursos humanos e seus colaboradores**, com disseminação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, com foco nas normas relevantes para a prática dos indivíduos e os riscos para os direitos humanos;
- IV - **utilizar mecanismos de educação, de conscientização e de treinamento**, tais como cursos, palestras e avaliações de aprendizagem, **para que seus dirigentes, empregados, colaboradores, distribuidores, parceiros comerciais e terceiros conheçam os valores, as normas e as políticas da empresa e conheçam seu papel para o sucesso dos programas**; e
- V - **redigir código de conduta publicamente acessível**, aprovado pela alta administração da empresa, **que contere os seus engajamentos e as suas políticas de implementação dos direitos humanos na atividade empresarial**.

Nos arts. 6º a 12 são enumeradas ainda uma série de responsabilidades ligadas à garantia de direitos fundamentais, dentre os quais mostram-se relevantes os seguintes dispositivos sobre o tema “responsabilidade socioambiental” relacionada ao trabalho:

17. Art. 4º Caberá às empresas o respeito: I - aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários; e II - aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição.

Art. 6º **É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho**, de seus clientes e das comunidades, **mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento** e, principalmente:

- I - agir de forma cautelosa e preventiva, nos seus ramos de atuação, inclusive em relação às atividades de suas subsidiárias, de entidades sob seu controle direto ou indireto, a fim de não infringir os direitos humanos de seus funcionários, colaboradores, terceiros, clientes, comunidade onde atuam e população em geral;
- II - evitar que suas atividades causem, contribuam ou estejam diretamente relacionadas aos impactos negativos sobre direitos humanos e aos danos ambientais e sociais;
- III - evitar impactos e danos decorrentes das atividades de suas subsidiárias e de entidades sob seu controle ou vinculação direta ou indireta;
- IV - adotar compromisso de respeito aos direitos humanos, aprovado pela alta administração da empresa, no qual trará as ações que realizará, para evitar qualquer grau de envolvimento com danos, para controlar e monitorar riscos a direitos humanos, assim como as expectativas da empresa em relação aos seus parceiros comerciais e funcionários;
- (...)
- VII - promover a consulta livre, prévia e informada das comunidades impactadas pela atividade empresarial;
- VIII - **criar políticas e incentivos para que seus parceiros comerciais respeitem os direitos humanos**, tais como a adoção de critérios e de padrões sociais e ambientais internacionalmente reconhecidos para a seleção e a execução de contratos com terceiros, correspondentes ao tamanho da empresa, à complexidade das operações e aos riscos aos direitos humanos;
- (...)
- XIII - **incorporar os direitos humanos na gestão corporativa de risco a fim de subsidiar processos decisórios**;
- (...)
- Art. 7º **Compete às empresas garantir condições decentes de trabalho, por meio de ambiente produtivo, com remuneração adequada, em condições de liberdade, equidade e segurança**, com iniciativas para:
- I - manter ambientes e locais de trabalho acessíveis às pessoas com deficiência, mesmo em áreas ou atividades onde não há atendimento ao público, a fim de que tais pessoas encontrem, no ambiente de trabalho, as condições de acessibilidade necessárias ao desenvolvimento pleno de suas atividades;
- II - observar os direitos de seus colaboradores de: a) se associar livremente; b) afiliar-se a sindicatos de trabalhadores; c) participar dos conselhos de trabalho; d) envolver-se em negociações coletivas; e) receber

os benefícios previstos em lei, incluídos os repousos legais; e f) não exceder a jornada de trabalho legal;

- III - **manter compromisso com as políticas de erradicação do trabalho análogo à escravidão e garantir ambiente de trabalho saudável e seguro**;
- IV - **não manter relações comerciais ou relações de investimentos, seja de subcontratação, seja de aquisição de bens e serviços, com empresas ou pessoas que violem os direitos humanos**;
- V - **respeitar os direitos de crianças e adolescentes**, de forma a incluir, em seus planos de trabalho, assim como exigir de seus fornecedores, empresas coligadas, controladas, subsidiárias e parceiras, ações preventivas e reparatórias para evitar riscos, impactos e violações a direitos de crianças e adolescentes, especialmente as de enfrentamento, **erradicação do trabalho infantil** e exploração sexual de crianças e adolescentes;
- VI - **avaliar e monitorar os contratos firmados com seus fornecedores de bens e serviços, parceiros e clientes que contenham cláusulas de direitos humanos que impeçam o trabalho infantil ou o trabalho análogo à escravidão**;
- VII - adotar medidas de prevenção e precaução, para evitar ou minimizar os impactos adversos que as suas atividades podem causar direta ou indiretamente sobre os direitos humanos, a saúde e a segurança de seus empregados; e
- VIII - assegurar a aplicação vertical de medidas de prevenção a violações de direitos humanos.
- § 1º **A inexistência de certeza científica absoluta não será invocada como argumento para adiar a adoção de medidas para evitar violações aos direitos humanos, à saúde e à segurança dos empregados**.
- § 2º **As medidas de prevenção e precaução a violações aos direitos humanos serão adotadas em toda a cadeia de produção dos grupos empresariais**.
- Art. 8º **Caberá às empresas combater a discriminação nas relações de trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade em suas áreas e hierarquias**, com ênfase em:
- I - resguardar a igualdade de salários e de benefícios para cargos e funções com atribuições semelhantes, independentemente de critério de gênero, orientação sexual, étnico-racial, de origem, geracional, religiosa, de aparência física e de deficiência;
- II - adotar políticas de metas percentuais crescentes de preenchimento de vagas e de promoção hierárquica para essas pessoas, contempladas a diversidade e a pluralidade, ainda que para o preenchimento dessas vagas seja necessário proporcionar cursos e treinamentos específicos;
- III - promover o acesso da juventude à formação para o trabalho em condições adequadas;
- IV - respeitar e promover os direitos das pessoas idosas e promover a sua empregabilidade;

- V - respeitar e promover os direitos das pessoas com deficiência e garantir a acessibilidade igualitária, a ascensão hierárquica, a sua empregabilidade e a realização da política de cotas;
- VI - respeitar e promover o direito de grupos populacionais que tiveram dificuldades de acesso ao emprego em função de práticas discriminatórias;
- VII - respeitar e promover os direitos das mulheres para sua plena cidadania, empregabilidade e ascensão hierárquica,
- VIII - buscar a erradicação de todas as formas de desigualdade e discriminação;
- IX - respeitar a livre orientação sexual, a identidade de gênero e a igualdade de direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros em âmbito empresarial; e
- X - efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais das comunidades locais e dos povos tradicionais, respeitadas a sua identidade social e cultural e a sua fonte de subsistência e promover consulta prévia e diálogo constante com a comunidade.

Art. 9º **Compete às empresas identificar os riscos de impacto e a violação a direitos humanos no contexto de suas operações, com a adoção de ações de prevenção e de controle adequadas e efetivas e, principalmente:**

(...)

III - adotar procedimentos para avaliar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva;

(...)

VII - garantir, sempre que possível a participação das partes interessadas, sobretudo dos indivíduos e das comunidades potencialmente atingidas pelas atividades, no processo de diligência, desde a avaliação de impactos até a prestação de contas das medidas que são adotadas, incluído o processo decisório sobre quais são essas medidas e como elas serão executadas.

(...)

Art. 10. **É responsabilidade das empresas estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos e reparar as violações, quando couber, em especial:**

(...)

Art. 12. **Compete às empresas adotar iniciativas para a sustentabilidade ambiental, tais como:**

I - ter conhecimento dos aspectos e dos impactos ambientais causados por suas atividades, seus produtos e seus serviços;

II - desenvolver programas com objetivos, metas e ações de controle necessárias, vinculadas aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, suficientes para evitar danos e causar menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo, água e utilizar, de forma sustentável, os recursos materiais;

(...).

No âmbito internacional em 2011 foi editado pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos documento chamado *Guiding principles on business and human rights (Princípios guias sobre negócios e direitos humanos)*,¹⁸ fundados em três pontos: no reconhecimento da obrigação dos Estados de *respeitar, proteger e realizar* os direitos humanos e liberdades fundamentais, devendo adotar as medidas necessárias para prevenir, investigar, punir e reparar abusos através de políticas efetivas, leis, regulamentos, e decisões judiciais;¹⁹ no papel das empresas como órgãos especializados da sociedade exercendo funções especializadas, de quem se exige se adequar a todas as leis aplicáveis e *respeitar* os direitos humanos, compreendidos, minimamente, como aqueles contidos no *Carta Internacional de Direitos Humanos* (contendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,²⁰ o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966,²¹ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966²²) e os princípios sobre direitos fundamentais contidos na *Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho* da OIT²³ (em suma, as Convenções ns. 138 e 182 – trabalho infantil; ns. 100 e 111 – discriminação; ns. 29 e 105 – trabalho forçado; 87 e 98 – organização e negociação coletiva), através de política transparente e adequada às atividades e porte de cada empresa, elaborada com a participação das partes afetadas por suas atividades, contendo critérios públicos suficientes a verificar os

18. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

19. “The State duty to protect is a standard of conduct. States are not per se responsible for human rights abuse by private actors. However, States may breach their international human rights law obligations where such abuse can be attributed to them, or where they fail to take appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress private actors’ abuse. (...) States also have the duty to protect and promote the rule of law, including by taking measures to ensure equality before the law, fairness in its application, and by providing for adequate accountability, legal certainty, and procedural and legal transparency” (“O dever estatal de proteger é um padrão de conduta. Os Estados não são diretamente responsáveis pelo abuso de direitos humanos feito por agentes privados. Contudo, os Estados podem violar as suas obrigações internacionais de direitos humanos quando tais abusos lhe puderem ser atribuídos, o quando deixarem de adotar as medidas necessárias para prevenir, investigar, punir ou reparar o abuso dos agentes privados. (...). Os estados também têm o dever de proteger e promover o estado de direito, inclusive adotando medidas para assegurar a igualdade perante a lei, a aplicação justa, e providenciando responsabilidade adequada, segurança jurídica, e transparência procedimental e legal”).

20. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%28III%29.

21. Internalizado pelo Decreto n. 592, de 06.07.1992.

22. Internalizado pelo Decreto n. 591, de 06.07.1992.

23. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-li-ma/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336958.pdf.

potenciais impactos em direitos humanos e adotar medidas suficientes a neutralizá-los; e a necessidade de que os direitos e obrigações correspondam a remédios adequados e efetivos quando violados.²⁴

O objetivo dos princípios fixados são a melhoria dos padrões e práticas relacionadas a empresas e direitos humanos para atingir resultados concretos para os indivíduos e comunidades afetados por sua atuação de modo a contribuir para uma globalização socialmente sustentável.

Mais especificamente no âmbito de OIT há a *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social* – adotada inicialmente em 1977 (204ª Sessão), e emendada em 2000 (279ª Sessão), 2006 (295ª Sessão), e 2017 (329ª Sessão)²⁵ – oferecendo guias para as empresas,

24. “These Guiding Principles are grounded in recognition of: (a) States’ existing obligations to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms; (b) The role of business enterprises as specialized organs of society performing specialized functions, required to comply with all applicable laws and to respect human rights; (c) The need for rights and obligations to be matched to appropriate and effective remedies when breached”.

25. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf (2002); https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (2017): “The Governing Body of the International Labour Office approved the Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy at its 204th Session (November 1977) and subsequently amended it at its 279th Session (November 2000) and 295th Session (March 2006). The Governing Body decides at its 329th Session (March 2017) to further amend the Declaration taking account of developments since the previous update in 2006 within the ILO such as the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, adopted by the International Labour Conference (ILC) in 2008, new international labour standards, the ILC Conclusions concerning the promotion of sustainable enterprises (2007) and the ILC Conclusions concerning decent work in global supply chains (2016); as well as the *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework* (2011) and the goals and targets of the *2030 Agenda for Sustainable Development* (2015) that are particularly relevant to the Declaration; and noting the *Addis Ababa Action Agenda* (2015) on financing for development, the *Paris Agreement* (2015) concerning climate change, and the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (as revised in 2011). The Governing Body approves the following revised Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (...)” (“O Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho aprovou a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social em sua 204ª sessão (novembro de 1977) e a emendou posteriormente na 279ª sessão (novembro de 2000) e 295ª sessão (março de 2006). O Conselho de Administração decide em sua 329ª sessão (março de 2017) alterar ainda mais a Declaração, levando em consideração os desenvolvimentos desde a atualização anterior em 2006 na OIT, como a Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho (ILC) em 2008, novas normas internacionais de trabalho, as Conclusões da ILC relativas à promoção

governos, e organizações de empregados e empregadores com base nas convenções e recomendações da própria OIT, buscando contribuir para a construção de um ambiente de trabalho decente (incluindo combate aos trabalhos escravo e infantil²⁶ e à discriminação e atenção ao trabalho seguro e saudável²⁷), crescimento econômico inclusivo e desenvolvimento sustentável.²⁸

É nesta estrutura que se encaixa a Resolução n. 4237, de 25.04.2014, do CMN, que “Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a fun-

de empresas sustentáveis (2007) e as Conclusões da ILC relativas ao trabalho decente nas cadeias de suprimentos globais (2016); bem como os *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando a Estrutura das Nações Unidas “Proteger, Respeitar e Remediar”* (2011) e os objetivos e metas da *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* (2015) que são particularmente relevantes para a Declaração; e observando a *Agenda de Ação de Adis Abeba* (2015) sobre financiamento para o desenvolvimento, o Acordo de Paris (2015) sobre mudanças climáticas e as *Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais* (revisadas em 2011). O Conselho de Administração aprova a seguinte Declaração Tripartite de Princípios relativa a Empresas Multinacionais e Política Social revisada (...).”

26. Convenções já indicadas acima.

27. Sobre saúde e segurança no trabalho foram aprovados pela OIT os seguintes instrumentos: ☐ Convenção n. 148 e Recomendação n. 156 sobre ambiente de trabalho (contaminação do ar, barulho e vibrações) (1977) – (ratificação pelo Brasil em 14.01.1982); Convenção n. 155 e Recomendação n. 164 sobre segurança e saúde ocupacional (1981) e Protocolo de 2002, (ratificação pelo Brasil em 18.05.1992); Convenção n. 161 e Recomendação n. 171 sobre serviços de saúde ocupacional (1985) (ratificação pelo Brasil em 18.05.1990); Convenção n. 162 e Recomendação n. 172 sobre utilização de Amianto (1986) (ratificação pelo Brasil em 18.05.1990); Convenção n. 167 e Recomendação n. 175 sobre segurança e saúde na construção (1988) (ratificação pelo Brasil em 19.05.2006); Convenção n. 170 e Recomendação n. 177 sobre Segurança no Trabalho com Produtos Químicos (1990) (ratificação pelo Brasil em 23.12.1996); Convenção n. 174 e Recomendação n. 181 sobre prevenção de grandes acidentes industriais (1993) (ratificação pelo Brasil em 02.08.2001); Convenção n. 176 e Recomendação n. 183 sobre segurança e saúde em minas (1995) (ratificação pelo Brasil em 18.05.2006). A Convenção n. 184 sobre segurança e saúde na agricultura e Recomendação n. 192 (2001) ainda estão em processo de internacionalização (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332321>). Há ainda as seguintes Recomendações e Convenções não ratificadas pelo Brasil: Convenção sobre o marco promocional para a segurança e saúde no trabalho (n. 187, 2006); Recomendação sobre proteção contra radiação (n. 114, 1960); Recomendação sobre a guarda de maquinário (n. 118, 1963); Recomendação sobre o Benzeno (n. 144, 1971); Recomendação sobre Câncer Ocupacional (n. 147, 1974); Recomendação sobre Lista de Doenças Ocupacionais (n. 194, 2002).

28. Atualmente está em elaboração um tratado internacional sobre a responsabilidade empresarial em relação aos direitos humanos: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBL.pdf.

cionar pelo Banco Central do Brasil”,²⁹ complementada pela Resolução CMN n. 4557, de 23.02.2017,³⁰ disciplinando a estrutura de gerenciamento de riscos e de capital no âmbito das instituições financeiras.

2. A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A referida Resolução determina a “implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil” (art. 1º, *caput*).

No Normativo n. 014/2014, do Sistema de Autorregulação Bancária (SARB) da Federação Brasileira de Bancos – Febraban,³¹ são fixados como conteúdo das operações “de significativa exposição a risco socioambiental” (art. 11) obrigações do tomador observar as legislações ambiental, trabalhista (“especialmente as normas relativas à saúde e segurança ocupacional e a inexistência de trabalho análogo ao escravo ou infantil”).

Muito embora não haja definição do que deva ser considerado como *dano socioambiental*³² – e esta omissão não autoriza uma interpretação que leve ao esvaziamento do conteúdo da norma – há um certo consenso sobre o seu conteúdo (a controvérsia é focada sobretudo na viabilidade/exigibilidade de verificação em relação a certas hipóteses), e as palavras têm sentido, de modo que a expressão deve ser compreendida como significando *danos à sociedade e ao ambiente*.

O *dano ao ambiente* é definido na Lei n. 6938, de 31.08.1981, como “a alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, II), enquanto que a Resolução Conama n. 001, de 23.01.1986,³³ considera impacto ambiental “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I. a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II. as atividades sociais e econômicas; III. a biota; IV. as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V. a qualidade dos recursos ambientais” (art. 1º).

29. https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_0.pdf.

30. https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50344/Res_4557_v2_P.pdf. Dispõe em seu art. 6º: “A estrutura de gerenciamento de riscos deve identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar: (...) VI - o risco socioambiental, nos termos da Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014”.

31. <http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20014%20SITE.pdf>.

32. Jean Rodrigues Benevides & José Maximiano de Mello Jacinto fazem uma tentativa de definir o conteúdo do termo, mas insuficiente, muito embora tenha o mérito de estabelecer uma base para a sua compreensão (*O que é risco socioambiental*, in: Rafael De Araújo Gomes, Lorena Vasconcelos Porto, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Thaís Dumê Faria (coord.), *A responsabilidade social das instituições financeiras e a garantia dos direitos humanos*, 2018, p.61-62).

33. <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>.

Mais especificamente, nos aspectos relacionados à competência material desta Justiça, devem ser considerados os danos a direitos fundamentais supra-individuais nas relações de trabalho, verificados na agressão a direitos difusos ou coletivos ou ainda na violação reiterada de direitos individuais, tais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, 3º, IV, 5º, XLI e XLII, 6º, 7º, XXX, XXXI, e XXXIII, da CF), bem como aos direitos à integridade física (inclusive sob o aspecto psicológico) e à intimidade (art. 5º, V, X, XII, e 7º, XXII, da CF), liberdades de crença, expressão, e de associação (arts. 5º, VI, VIII, IX, XVI a XXI, 8º, e 9º, da CF).

São direitos assegurados não só pela Constituição Federal mas também por amplo arcabouço de convenções internacionais. Além das já citadas, elaboradas nos sistemas da ONU, sobretudo aquelas aprovadas pela Assembleia Geral e pela OIT, há também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,³⁴ e a própria Carta da OEA,³⁵ que asseguram diversos direitos relacionados ao trabalho, valendo destacar o art. 45 da Carta, onde se afirma que “O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já afirmou que o art. 26 da Convenção, ao se referir aos “direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos” inegavelmente se referem aos direitos à saúde e trabalhistas,³⁶ além de reconhecer “a existência de uma relação irrefutável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, devido ao fato de que a degradação ambiental afeta o aproveitamento efetivo de outros direitos humanos”.³⁷

Juridicamente, a dignidade do ser humano conceitua-se como “o conjunto (o todo) das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele um lugar excepcional no universo”, tese que tem como base a filosofia kantiana, que nos coloca como seres racionais existentes como fim em si:

“enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado (o de meios), eis por que se lhes chamam coisas; ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como

34. Internalizada pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

35. Internalizada pelo Decreto n. 30.544, de 14.02.1952.

36. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 08.03.2018 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf). *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31.08.2017 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf).

37. OC 23/2017, Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos, de 15.11.2017, solicitado pela República da Colômbia (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf).

fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e conseqüentemente limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma” (Krystian Complak, ‘Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico’, in: *Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 109).

Assim, haverá violação à *dignidade da pessoa humana* sempre que houver *objetificação* da pessoa ou *tratamento como um ser de menor valor*, tal como como se dá nas hipóteses de submissão a trabalho escravo (ou análogo, conforme definido no art. 149, do Código Penal³⁸), exploração de trabalho infantil, violência sexual (inclusive assédio), racismo³⁹ e discriminação racial⁴⁰ ou de qualquer outra natureza (em razão do sexo, sexualidade, idade, credo religioso, condição física, ... – art. 1º, da Lei n. 9029, de 13.04.1995).

No caso de se verificar violação do meio ambiente, inclusive o do trabalho (cf. art. 200, VIII, da CF) a responsabilidade pela reparação dos danos verificados é objetiva e liga solidariamente (art. 225, §3º, da CF) também aqueles que, através da liberação de recursos monetários, viabilizam a materialização dos atos lesivos:

“As instituições financiadoras desses projetos assumem para si o dever expresso de fiscalização das condições de trabalho e do meio ambiente do trabalho, além da regularidade fiscal, tributária, previdenciária e trabalhista, condição prévia para o pagamento das parcelas monetárias do empreendimento (...). Com efeito, o efetivo cumprimento dessas obrigações, cuja fiscalização de cumprimento assumem os Bancos e instituições financiadoras dos projetos, não se circunscreve à mera apresentação formal de documentos, mas, à efetiva observância dos direitos constitucionais dos trabalhadores e às normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego sobre o meio ambiente do trabalho” (Raimundo Simão de Melo, *A responsabilidade solidária dos bancos como agentes financiadores de proje-*

38. Caracterizado na presença de qualquer uma destas situações: trabalhos forçados; jornada exaustiva; condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Trata-se de tema, infelizmente, ainda bastante atual em todo o mundo e afetando sobretudo grandes empresas, como demonstram as seguintes reportagens: <https://thefreethoughtproject.com/nesle-admits-slave-labor/>; <https://thefreethoughtproject.com/nesle-anti-slavery-bill-cost/>; <https://theintercept.com/2019/01/27/danone-nestle-trabalho-escravo/>.

39. “[...] forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam” (Sílvio Luiz de Almeida, *Racismo estrutural*, 2019, p. 32).

40. “[...] atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados” (Sílvio Luiz de Almeida, *Racismo estrutural*, 2019, p. 32).

tos pelos danos causados ao meio ambiente do trabalho, in: Rafael de Araújo Gomes, Lorena Vasconcelos Porto, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Thaís Dumê Faria (coord.), *A responsabilidade social das instituições financeiras e a garantia dos direitos humanos*, 2018, p. 31-32).

No mesmo sentido:

“Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem” (STJ), REsp n. 650728, rel. min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007).

A pertinência do cumprimento das obrigações em questão é reforçada pela assinatura em 22.09.2019 por mais de 130 entidades do setor bancário de todo o mundo⁴¹ (representando 1/3 do setor bancário global) do compromisso com os *Princípios de Iniciativa Financeira de Responsabilidade Bancária*,⁴² que se trata, nas palavras do Secretário-Geral da ONU António Guterres, de “um guia para que a indústria bancária global responda, impulsione e se beneficie de uma economia de desenvolvimento sustentável”.

São seis os princípios: **1. alinhamento** das estratégias de negócio de acordo com e contribuindo para as necessidades dos indivíduos e objetivos da sociedade, tal como expressos nos *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*⁴³ do *Acordo Climático de Paris*,⁴⁴ e quadros regionais e nacionais relevantes; **2. aumento contínuo do impacto** concomitante à redução

41. Inclusive a Febraban (<https://portal.febraban.org.br/pagina/3262/1099/pt-br/principiosresponsabilidadebancaria>), o Bradesco, o Itaú Unibanco, o Santander, e o J. Safra Sarasin (<http://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2019/09/Complete-List-FoundingSignatories-1.docx>), integrante do Grupo Safra (https://www.jsafrasarasin.com/internet/com/com_index/com_about_us/com_history/com_j_safra_sarasin_group.htm).

42. <https://nacoesunidas.org/bancos-com-mais-de-us47-trilhoes-em-ativos-assinam-compromisso-com-economia-verde/>; <https://www.unepfi.org/news/industries/banking/130-banks-holding-usd-47-trillion-in-assets-commit-to-climate-action-and-sustainability/>.

43. Internalizado com a aprovação pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 140, de 16.08.2016, e a promulgação presidencial pelo Decreto n. 9073, de 05.06.2017 (http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Acordo-COP21.pdf; <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>).

44. São 17 os objetivos fixados na chamada *Agenda 2030*: 1. erradicação da pobreza; 2. fome zero e agricultura sustentável; 3. saúde e bem-estar; 4. educação de qualidade; 5. igualdade de gênero; 6. água potável e saneamento; 7. energia limpa e acessível; 8. **trabalho decente** e crescimento econômico; 9. indústria, inovação e infraestrutura; 10. redução das desigualdades; 11. cidades e comunidades sustentáveis; 12. consumo e produção sustentáveis; 13. ação contra a mudança global do clima; 14. vida na água; 15. vida terrestre; 16. paz, justiça e instituições eficazes; 17. parcerias e meios de implementação (<https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>; <http://www.agenda2030.com.br/>).

dos impactos negativos e gerenciando os riscos às pessoas e ambiente resultantes das atividades, produtos e serviços bancários; **3.** trabalho responsável com os **clientes e consumidores** para estimular práticas sustentáveis e viabilizar atividades econômicas que criem prosperidade compartilhada para as gerações atuais e futuras; **4.** consultar de forma proativa e responsável, envolver, e formar parceria com as partes **interessadas** relevantes para atingir os objetivos da sociedade; **5.** implementar o compromisso com esses princípios por meio de **governança** eficaz e uma cultura bancária responsáveis, demonstrando ambição e responsabilidade, **estabelecendo metas** públicas relacionadas aos impactos mais significativos; **6.** rever periodicamente a implementação individual e coletiva destes princípios e ser **transparente e responsável** pelos impactos positivos e negativos e pela contribuição para os objetivos da sociedade.⁴⁵

No documento denominado *Princípios do Equador*⁴⁶ é externada preocupação com responsabilidade social em relação aos projetos financiados, com parâmetros bem intencionados mas, em relação ao direito nacional posto, insuficientes; porém, a lista contida no Apêndice II (p. 24), autodenominada “Lista ilustrativa” é um bom parâmetro de partida para indicar os principais temas em que há risco socioambiental envolvido.

3. A IMPORTÂNCIA DA SALUBRIDADE DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A *salubridade do ambiente de trabalho* (expressão tomada num sentido mais amplo do que aquela a que se refere o art. 189, da CLT, significando, aqui, toda e qualquer condição adversa à saúde e bem-estar do trabalhador) é extremamente relevante para o bem-estar dos trabalhadores,⁴⁷ de modo que simples decisões do empregador podem determinar as suas condições de saúde (e, em casos extremos, até mesmo a morte).

Há diversos estudos apontando os principais fatores relacionados ao trabalho (interações entre o trabalho, o seu meio ambiente, a satisfação no trabalho e as condições de organização – são os chamados *fatores psicossociais*) que afetam a longevidade e saúde dos trabalhadores:⁴⁸ longas jornadas, poucas/

curtas pausas para descanso, refeições de curta duração, ritmo de trabalho intenso/monótono, esforço físico intenso, posições forçadas/inadequadas e lugares desconfortáveis, nível de pressão exercido pela organização do trabalho, turnos noturnos, turnos alterados ou iniciando muito cedo pela manhã, responsabilidade inadequada à capacidade do empregado, trabalhos perigosos/emergências, nível de atenção/concentração exigidos, exigência de não cometer erros, má relação com os supervisores, dificuldades de atualização inovações tecnológicas. Ademais, a exposição a agentes insalubres (químicos, físicos e biológicos) e condições inseguras de trabalho (em decorrência de um sistema que prioriza a monetização em desfavor da eliminação das condições adversas) afetam significativamente a saúde e bem-estar geral do trabalhador.

A relação de condições de trabalho e doenças mentais já é largamente estabelecida pela doutrina especializada.⁴⁹ O *bullying*, p.ex., é associado a um aumento de 4 a 5 vezes em

trabalho semanal estendido (além de 40 horas); insegurança no trabalho (receio de dispensas, inclusive coletivas); conflitos entre família e trabalho; baixo controle sobre as suas atividades (inclusive pouca liberdade e poder de decisão no trabalho); demanda de trabalho elevada, tais como pressão para aumento de produtividade; baixos níveis de apoio social, como ausência de laços com colegas de trabalho para aliviar os efeitos da tensão do trabalho; trabalho em condições em que as decisões relacionadas ao trabalho e emprego são injustas.

49. Laís de Oliveira Penido, *Os fatores psicossociais e a caracterização do tratamento desumano e degradante*, p. 661-662 in: *Saúde mental no trabalho*, Januário Justino Ferreira; Laís de Oliveira Penido (coord.), Goiânia: Cir Gráfica, 2013, p. 661-675; C. Nicolas et alii, *Stresseurs professionnels et troubles mentaux courants: quel liens de causalité?*, in: *L'Encéphale*, 2007, disponível em <http://dx.doi.org/10.1016/j.encep.2017.01.004>; M. Sinokki et alii, *The association between team climate at work and mental health in the Finnish Health 2000 Study*, in: *Occup Environ Med* n. 66, 2009, p. 523-528; Marianna Virtanen et alii, *Work stress, mental health and antidepressant medication findings from the Health 2000 Study*, in: *Journal of affective disorders* n. 98, 2007, p. 189-197; H. K. Jensen et alii, *Does dissatisfaction with psychosocial work climate predict depressive, anxiety and substance abuse disorders? A prospective study of Danish public service employees*, in: *J Epidemiol Community Health* n. 64, 2010, p. 796-801; J. L. Wang et alii, *The relationship between work stress and mental disorders in men and women: findings from a population-based study*, in: *J Epidemiol Community Health* n. 62, 2008, p. 42-47; M. Virtanen et alii, *Contribution of non-work and work-related risk factors to the association between income and mental disorders in a working population: the Health 2000 Study*, in: *Occup Environ Med* n. 65, 2008, p. 171-178; Georges Brousse et alii, *Psychopathological features of a patient population of targets of workplace bullying*, in: *Occupational Medicine* n. 58, 2008, p. 122-128; Ellen Mara Ferraz Hazan, *A falta de estabilidade no emprego e o desemprego como fatores de risco para a saúde mental do trabalhador*, in: *Saúde mental no trabalho*, Januário Justino Ferreira; Laís de Oliveira Penido (coord.), Goiânia: Cir Gráfica, 2013, p. 177-200; Frida Marina Fischer et alii, *Trabalho em turnos e noturno: repercussões sobre a saúde e medidas de intervenção*, in: *Saúde mental no trabalho*, Januário Justino Ferreira; Laís de Oliveira Penido (coord.), Goiânia: Cir Gráfica, 2013, p. 457-468.

distúrbios do sono, sendo que o efeito é mais forte nos ambientes em que esse comportamento é mais generalizado, podendo significar que medidas mais amplas, como uma percepção de injustiça organizacional, e corte de pessoal, e não são apenas as doenças psicológicas que resultam de estressores do ambiente de trabalho: a tensão no trabalho crônica, mas não aguda, tem sido relacionada como predição de eventos cardiovasculares recorrentes (Niedhammer et al, *Workplace bullying and sleep disturbances*, in: *Sleep*, n. 32, 2009, p. 1211-1219).

Os empregadores raramente consideram o ambiente de trabalho em si e o que ocorre nele como fatores causais relevantes que afetam o comportamento individual de seus empregados, mas o *stress* decorrente das condições de trabalho contribui para atitudes individuais que levam a comer em excesso, não se exercitar, consumir drogas (lícitas ou não), e abusar no uso de álcool e cigarro, como formas de suportar ambientes de trabalho altamente competitivos ou entorpecer a dor psicológica gerada pelo ambiente de trabalho insalubre (frequentemente com longas jornadas, e receio de ser o próximo a ser dispensado em empresas com corpo de empregados cada vez mais reduzido, com menos pessoas executando mais tarefas)⁵⁰ e a exaustão de energia decorrente (cf. Jeffrey Pfeffer, *Dying for a paycheck*, capítulos 1 e 2), deteriorando de forma significativa a saúde dos trabalhadores, não raro levando ao suicídio,⁵¹ ou morte por exaustão.⁵²

50. “A urgência de maior produtividade, associada à redução contínua do contingente de trabalhadores, à pressão do tempo e ao aumento da complexidade das tarefas, além de expectativas irrealizáveis e relações de trabalho tensas e precárias, podem gerar tensão, fadiga e esgotamento profissional, constituindo-se em fatores psicossociais responsáveis por situações de estresse relacionados ao trabalho” (Liliana Andolpho Magalhães Guimarães, *Fatores psicossociais de risco no trabalho*, in: *Saúde mental no trabalho*, Januário Justino Ferreira; Laís de Oliveira Penido (coord.), Goiânia: Cir Gráfica, 2013, p. 273-282).

51. Entre 2006 e 2009 sessenta empregados da France Télécom se mataram em razão de um plano de reestruturação da empresa (<http://br.rfi.fr/franca/20160707-apos-suicidio-de-60-funcionarios-empresa-francesa-e-processada-por-assedio-moral>); em fábricas da chinesa Foxconn (fornecedora da Apple e da HP) há relatos de diversos suicídios levados a cabo no próprio local de trabalho: catorze em 2010 (<https://www.reuters.com/article/idUSTRE6A41M920101105>), quatro em 2011, três em 2012 e 2013, e um em 2018, e chegou a haver um protesto envolvendo 150 trabalhadores no teto de uma das fábricas ameaçando suicídio coletivo em razão das condições de trabalho (<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/01/07/suicide-chinese-iphone-factory-reignites-concern-working-conditions/>); em agosto de 2016 um engenheiro de programação da Uber se suicidou, provavelmente em decorrência de *stress* relacionado ao trabalho (<https://www.sfchronicle.com/business/article/Suicide-of-an-Uber-engineer-widow-blames-job-11095807.php>); no Brasil os estudos relacionados suicídio e condições de trabalho são raros mas existem: contabiliza-se que no setor bancário no período entre 1993 e 2005 houve 253 casos de suicídios relacionados a situações de assédio moral (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/22948/21715>).

52. Conhecida por diversos termos – *karoshi* em japonês, *guólósi* em chinês, *birôla* no meio rural brasileiro –, é responsável pela morte de

Da mesma forma o aumento da jornada de trabalho, inclusive através das novas tecnologias (aplicativos de mensagens e quejandos), resultante do aumento da competitividade em razão das elevadas taxas de desemprego, mantendo o trabalhador constantemente conectados com o trabalho, bem como jornadas irregulares, leva ao aumento de conflitos entre trabalho e família, e reforça as causas de doenças vasculares e psicológicas.

A deterioração da saúde do trabalhador prejudica não só o indivíduo, mas a coletividade: além dos efeitos óbvios na família imediata, leva à perda de produtividade do empregado e aumento de custos com seguros e planos de saúde, ao desligamento do trabalhador (que pede demissão ou é dispensado quando o adoecimento atinge um nível incômodo demais para o empregador em razão de número elevados de ausências, afastamentos, ou queda de produtividade) e decorrentes custos de treinamento de novo empregado, ou ainda pagamento de indenizações quando comprovada a causalidade do adoecimento. Enfim, ainda que se considere uma perspectiva exclusivamente economicista, o ambiente de trabalho insalubre é deletério para a economia.

Ao empregador cabe, então, decidir melhorar as vidas de seus empregados de modo significativo, ou, intencionalmente ou por omissão, fomentar ambientes de trabalho que literalmente adoecem e matam pessoas (cf. Jeffrey Pfeffer, *Dying for a paycheck*, capítulo 1).

Muito embora muito já se tenha avançado no conflito entre *lucros privados e prejuízos sociais*, a preocupação com o ambiente do trabalho em relação aos riscos de sustentabilidade ainda está muito atrás daquela relacionada com o ambiente natural (e o estado de degradação deste diz muito sobre aquele) –

“sem medições, sem relatórios, sem exigências para que sejam consideradas as consequências da criação de *poluição social*, diferentemente da poluição ambiental, as organizações empresariais continuam a usar lógicas de decisão que as deixam abençoadamente – e talvez intencionalmente – ignorantes do que está sendo feito com seus empregados” (Jeffrey Pfeffer, *Dying for a paycheck*, capítulo 1).

4. O BANCO RÉU CUMPRE ADEQUADAMENTE A REGULAMENTAÇÃO?

O réu em momento algum questiona a sua obrigação de observar as regras legais sobre responsabilidade socioambiental, estando fora do objeto da presente ação a criação de regras, mas apenas a implementação daquelas já existentes, não havendo, portanto, risco de submissão das empresas concorrentes a regras diversas, até porque se confia e espera que o MP atue de forma diligente e atenta para identificar eventuais descumprimentos por parte das empresas atuantes no mercado.

E de partida é importante afirmar não haver que se falar em

centenas de pessoas todos os anos, afetando tanto trabalhadores urbanos (inclusive de escritórios) quanto rurais (https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/50030/008_chehab.pdf; <http://revista.ft.unesp.br/index.php/nera/article/view/1447/1424>).

tratamento diferenciado ou imposição de obrigações só ao banco réu, pois não se discute o marco legal aplicável, mas apenas a adequação da regulamentação interna da empresa às regras vigentes.

Apesar da defesa um tanto errática do réu – ora afirmando não ser obrigado a cumprir as medidas pretendidas pelo MPT, ora que ainda que fosse elas são impossíveis, ora que a pretensão é impropriedade porque já as cumpre, ou ainda ser faculdade da empresa aplicar as sanções previstas em lei, e chega até mesmo, em diversos momentos da defesa, a afirmar que o próprio MPT teria reconhecido que “cumpre rigorosamente as referidas Resoluções”, em evidente falseamento das afirmações expostas na inicial, numa leitura seletiva e temerária –, a controvérsia se resume, em suma, a saber se a regulamentação elaborada pelo banco réu e a sua implementação atendem satisfatoriamente à norma do CMN.⁵³

4.1. Os argumentos jurídicos

Inicialmente, a competência fiscalizatória atribuída ao Banco pela Lei n. 4595, de 31.12.1964, obviamente não exclui a competência constitucional do MPT – nem é preciso lembrar que a lei infraconstitucional não pode limitar a aplicação de norma constitucional (art. 5º, XXXV, da CF)⁵⁴ –, não havendo qualquer impedimento para que haja sobreposição dessas atribuições, e muito menos “livre concorrência” (art. 170, IV, da CF) é sinônimo, no nosso modelo constitucional e legal, de salvo-conduto para ignorar as regras postas ou para exercer “a liberdade de organizar suas atividades” afrontando as regras e princípios vigentes.

É importante também alertar o banco réu que o quadro normativo brasileiro é bastante diferente do norte-americano, sendo inadequada qualquer tentativa de simples transposição de regras de lá para cá.⁵⁵

Os pedidos formulados na peça inicial em nada extrapolam a norma regulamentar; pelo contrário, são direcionadas à sua efetividade, pois não basta um atendimento meramente formal; normas valem e têm por objetivo, através de um sistema de estímulos e desestímulos, alterar a realidade social e

53. A competência regulatória do CMN decorre de delegação formal, fundamentada nos seguintes dispositivos legais: art. 4º, VI e VIII, da Lei n. 4595, de 31.12.1964, arts. 2º, VI, e 9º, da Lei n. 4728, de 14.07.1965, art. 20, § 1º, da Lei n. 4864, de 29.11.1965, art. 7º, da Lei n. 6.099, de 12.09.1974, art. 1º, II, da Lei n. 10.194, de 14.02.2001, arts. 1º, § 1º, e 12, V, da Lei Complementar n. 130, de 17.04.2009, e art. 6º do Decreto-Lei n. 759, de 12.08.1969.

54. “Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menos caber, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade. Para valermos de uma imagem feliz de Geraldo Ataliba, “seria o mesmo que construir uma fortaleza e colocar-lhe portas de papelão” Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2014, p. 633-634.

55. É interessante como a defesa questiona a juntada de documentos em inglês com a inicial mas nela mesma transcreve na língua original e sem tradução trechos de julgados de tribunal regional norte-americano (p. 20 e 112-113).

econômica (na linha exposta por Guido Calabresi em *The cost of accidents*).

O banco deve sim detalhar os riscos socioambientais a que está exposto, não só através das relações comerciais estabelecidas com terceiros – clientes ou fornecedores de serviços ou produtos – mas também através de sua própria atuação, inclusive para que seja possível a fiscalização de seu efetivo cumprimento. Assim, não basta que “a implementação ocorra no âmbito interno do banco reclamado”; é preciso sim que conste de forma expressa na PRSA. Não se trata de “segredo de negócio”, mas deve ser pública e acessível a todos. Os clientes/consumidores devem ter ciência plena dos critérios utilizados (art. 6º, III, da Lei n. 8078, de 11.09.1990).

Tanto a regulamentação do CMN quanto a PRSA do réu são cheias de termos pomposos mas vazios de conteúdo – nem ao menos se propõem a indicar o que seria considerado como “dano socioambiental” ou medidas **efetivas** para preveni-lo. Não bastam compromissos formais sem consequências práticas – seguem acelerados os processos de desmatamento, poluição do solo, ar, e água, bem como o uso indiscriminado de químicos nocivos nas plantações⁵⁶ (com benefícios apenas para os balanços das indústrias químicas, via de regra estrangeiras),⁵⁷ acarretando mudanças climáticas sensíveis⁵⁸

56. <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2019/07/liberacao-recorde-reatende-debate-sobre-uso-de-agrotoxicos-no-brasil-entenda>; <https://nacoesunidas.org/estudo-mostra-alta-concentracao-de-antibioticos-nas-aguas-de-rios-do-mundo/>; <https://www.theguardian.com/business/video/2019/oct/23/exxon-alexandria-ocasio-cortez-congress-testimony-climate>; <https://www.newyorker.com/magazine/2019/11/11/blood-gold-in-the-brazilian-rain-forest>; <https://theintercept.com/2019/10/31/exxon-mobil-massachusetts-climate-change-lawsuit-greenwashing/>.

57. <https://theintercept.com/2019/09/28/a-agenda-secreta-de-ricardo-salles-com-os-destruidores-do-planeta/>, relatando encontros às escuras do Ministro do Meio Ambiente com empresários de químicas alemãs no final de setembro de 2019, enquanto o Governo Federal permanecia inerte perante a mancha de petróleo cru que tomava conta da costa do Nordeste já há um mês (<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/10/18/O-avan%C3%A7o-do-petr%C3%B3leo-em-praias-tur%C3%ADsticas-da-regi%C3%A3o-Nordeste>; <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/vazamento-de-oleo-pole-ter-partido-de-navio-irregular-diz-marinha>; <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/bbc/2019/10/21/danos-do-oleo-no-litoral-do-nordeste-vaodurar-decadas-dizem-oceano-grafo.htm>).

58. A título de exemplo: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/09/23/suicos-fazem-funeral-em-montanha-para-geleira-que-derreteu.ghtml>; <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/08/18/geleira-que-derreteu-na-islandia-ganha-lapide-com-alerta-sobre-o-aquecimento-global.ghtml>; <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/09/25/nivel-do-mar-deve-subir-ate-1-metro-em-8-decadas-por-causa-do-aquecimento-global-aponta-relatorio-do-ipcc.ghtml>; <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/20/verao-2019-foi-o-5o-mais-quente-da-historia-outono-tera-temperaturas-pouco-acima-da-media.ghtml>; <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2018/12/2019-pode-ser-o-ano-mais-quente-ja-registrado-entenda-por-que>; [https://www.dw.com/pt-br/julho-de-2019-foi-o-m%](https://www.dw.com/pt-br/julho-de-2019-foi-o-m%20)

e uma série de danos à saúde, inclusive um número cada vez maior de óbitos⁵⁹ –, é preciso transformar o mundo com ações efetivas (e afetivas!).

Os procedimentos arguidos em defesa são bastante vagos, fazendo referência a comunicados que se limitam a repetir obviedades, e só até certo ponto esclarecidos através dos depoimentos colhidos em audiência.

A descrição de “estrutura de gerenciamento do risco operacional” não fixa quantitativo mínimo de pessoal – tal informação obviamente faz parte da “estrutura” e evidentemente deve estar prevista na norma interna.

Abstraido o fato de que a documentação juntada com a defesa foi produzida unilateralmente, a *autocensura* em diversos documentos inviabiliza em grande parte a análise da veracidade do quanto alegado em defesa, não permitindo comprovar se houve ou não efetivação de restrição a clientes identificados como incidindo em risco socioambiental, e, ao contrário do quanto afirmado pelo banco réu não houve quebra de sigilo bancário algum, apenas se afirma que os dados apresentados não estão protegidos pela regra legal que inclui apenas “aplicações, transferências, depósitos e etc” da pessoa em questão (cf. STJ, REsp n. 1561191, rel. min. Herman Benjamin, j. 19.04.2018).

Outrossim, a documentação juntada pelas partes e depoimentos das testemunhas colhidos nas sessões de 19.08 e 08.11.2019 (id 70e9a75 e e8ca757) demonstram que há uma automação razoável dos processos de verificação, com graus de eficiência variada na verificação de inclusão do cliente em alguma situação de risco socioambiental. No que se refere às chamadas “listas públicas” (impeditivas: *cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo*; *cadastro nacional de empresas punidas por atos de corrupção*; *cadastro de expulsões da administração federal por atos de corrupção*, improbidade e outros semelhantes; *lista interna de improbidade administrativa elaborada sobre correspondências enviadas pelo Banco Central*; consultivas: *cadastro de empresas sem fins lucrativos impedidas de contratar com a Administração Pública*; *cadastro de empresas inidôneas e suspensas de contratar com a Administração Pública*; *lista de embargos do Ibama*; *acordos de leniência*) a verificação aparenta ser adequada, muito embora o mesmo não possa ser dito em relação às consequências dessa verificação (o relatado “pedido de liberação” pela área comercial no depoimento da testemunha Renata, p.ex., nem mesmo deveria ser admitido). Ficou vaga a referência na

[C3%AAAs-mais-quente-da-hist%C3%B3ria/a-49903419](https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/agrotoxicos).

59. <https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/agrotoxicos>; <https://www.inca.gov.br/alimentacao/agrotoxicos>; <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/793/variveis-meteorologicas-e-poluio-do-ar-e-sua-associacao-com-internaes-respiratrias-em-crianas-estudo-de-caso-em-so-paulo-brasil>. A poluição atmosférica respondeu por 44.228 mortes no Brasil em 2016 por *Doenças Crônicas não Transmissíveis (DCNT)*, estimando-se em **4,2 milhões** de mortes **por ano** em todo o mundo: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45500-mortes-devido-a-poluicao-aumentam-14-em-dez-anos-no-brasil>.

parecer (id e7bd948, p. 11) a “outras marcações restritivas impeditivas em sistema interno da instituição”, pois não foi esclarecido com base em quais informações são elaboradas, mas demonstram a viabilidade de consideração de dados não disponibilizados em listas públicas. O banco, contudo, tem capacidade de identificar outros itens relevantes (cf. art. 7º, do Normativo SARB n. 14, da Febraban), evidenciando a insuficiência de sua atuação.

Ademais, também não foi demonstrada a existência de uma política de qualificação adequada para os seus empregados, com cursos de atualização ocorrendo com frequência esporádica e conteúdo superficial.

Pois bem. Afirma, o réu, que em caso de “materialização do risco, a área de Riscos Operacionais e Controles Internos, **obrigatoriamente**, emitirá parecer referente ao relacionamento, que só prosseguirá se favorável o opinativo” (p. 43 da defesa), mas com base em que poderia ser favorável o parecer se há verificação do risco? A vagueza da argumentação é autoevidente.

A utilização de formulários com autodeclaração são insuficientes. A informação colhida de tal forma, sobretudo quando aliada à pressão por atingimento de metas – ainda que, como no caso do banco réu, conforme afirmado pela testemunha Eduardo Petri, não haja o fator agravante de pagamento de comissões (id e8ca757) – não é fidedigna, na medida em que não são raros os casos em que tais formulários são preenchidos sem refletir totalmente a realidade de modo deliberado, por iniciativa do próprio cliente ou por orientação do empregado da instituição bancária, para facilitar a aprovação do crédito. É empreitada de ingenuidade a afirmação posta em defesa em sentido oposto (p. 65).

É preciso haver um grau elevado de confiabilidade nas informações colhidas, pois o valor maior é a proteção socioambiental, e não os lucros da empresa. Assim, todos os riscos socioambientais devem ser devidamente valorados e sacionados os descumprimentos às normas legais. Não são somente os riscos que afetam a liquidez das garantias prestadas que são importantes, mas todos que afetam a integridade dos direitos socioambientais protegidos pela legislação.

A obrigação do réu de fornecer orientação adequada aos seus empregados é corolário das obrigações fixadas pelas regras normativas – informações com conteúdo “simples e objetivo” de nada adiantam se são incompletas, e se são incompletas não são claras, pois não transmitem o conteúdo necessário. E no caso, as transcrições e impressões trazidos pela defesa demonstram que os cursos oferecidos se limitam a repetir informações básicas, incapazes de ampliar as capacidades de análise dos empregados envolvidos diretamente na PRSA. É certo que nem a Resolução CMN n. 4327 e nem o Normativo SARB n. 14 definem o conteúdo mínimo dos cursos, mas não é preciso muito para concluir que devem ser suficientes para transmitir conhecimento além de um positivismo exegético raso, devendo ser periódicos (o curso referido na p. 61 da defesa nem mesmo tem programação de ocorrer) e revistos com frequência.

No que se refere às alegações de defesa sobre a empresa ALL, o banco réu se limita a defender seu cliente e apresenta

argumentos incoerentes, pois afirma que leva em conta notícias negativas divulgadas nos meios de comunicação (“clipping de reputação”), mas afirma que uma condenação confirmada em segunda instância é irrelevante pois não haveria trânsito em julgado.

É certo, contudo, que o trânsito em julgado de decisões condenatórias deve sim ser levado em conta e a “dificuldade” de obter essas informações é falsa. Ao menos na Justiça do Trabalho praticamente todos os processos são digitais (os poucos que ainda não são, até o início do próximo ano já estarão digitalizados); a pesquisa de distribuição de processos é bastante simples (cf. admitido nas p. 90 e 102 da própria defesa, muito embora não indique no que resultou a pesquisa feita), bastando tem em mão o CNPJ/CPF do cliente, e eventuais dificuldades de acesso ao inteiro teor podem ser facilmente superadas exigindo que o próprio cliente forneça as peças necessárias.

Vê-se o quanto é desnecessário aguardar a existência de “listas consolidadas”, e impertinente a referência ao art. 248, “parte a” (sic), do Código Civil, que tem campo de aplicação restrita às obrigações contratuais

Ademais, não basta incluir cláusulas nos instrumentos contratuais se elas não forem levadas a sério. A defesa de que a aplicação da sanção é mera faculdade do contratante (p. 81) levanta graves dúvidas sobre a seriedade com que o banco encara sua obrigação.

Veja-se, p.ex., na p. 91 da defesa, a transcrição de “recomendação” de não contratar com empresa incluída na *lista suja de trabalho escravo*. Muito embora a concessão de crédito nesses casos seja vedada por lei apenas em relação ao BNDES (art. 4º, da Lei n. 11.948, de 16.06.2009), é certo que a verificação de tal condição **deve** levar a incidência de alguma sanção contratual, e no caso não há demonstração de que nenhuma medida tenha sido adotada.

Quanto aos aspectos de expedição de licença ambiental, cabe o MPT provocar os órgãos respectivos para que incluam na análise também os aspectos relacionados ao ambiente de trabalho.

Outrossim, a recusa de crédito com base nesta regulamentação não é “injustificada”, e nem atrai a incidência da vedação contida no art. 39, II, do CDC, visto que decorre da própria regulamentação legal em análise.

4.2 Os argumentos econômicos

O argumento exposto pela ré de que o cumprimento das obrigações requeridas pelo MPT levaria ao encarecimento dos custos das operações bancárias, com conseqüente repasse para o consumidor e diminuição do crédito no mercado é ingênuo e falso, pois faz de conta que a fixação do preço dos produtos e serviços colocados no mercado decorre exclusivamente dos custos de produção – é bem sabido o quanto a redução de custos (tais como baixa dos custos de captação de dinheiro e redução dos custos de trabalho em razão da redução de direitos trabalhistas como da própria força de trabalho em decorrência da automação e seguidos planos de desligamento incentivado e de dispensa em massa que ocorrem apesar da garantia prevista no esquecido art. 7º, XXVII, da CF)

não leva à redução do elevado preço dos produtos bancários (sem paralelo no resto do mundo),⁶⁰ assim como são conhecidas as conseqüências de políticas públicas voltadas a desonerar a atividade privada sem exigência de contrapartida, confiando que os investimentos necessários para alavancar o crescimento serão feitos pela iniciativa privada – os exemplos mais eloquentes são a *crise do encilhamento* de Ruy Barbosa e as desonerações fiscais de Dilma Rousseff⁶¹ (mesmo caminho que vem sendo seguido pelo governo atual).

Fazem referência a uma suposta *insegurança jurídica* decorrente da atuação do Judiciário para fazer valer as regras existentes – a insegurança vem da própria reclamada que aposta em não ser sancionada por ignorar a vigência de normas cogentes.

O aumento da quantidade de serviço para atender adequadamente à regulamentação em questão é superdimensionada pelo réu (e nem mesmo quantifica a quantidade de horas gastas atualmente e quantas estima passariam a ser necessárias), pois a análise de cumprimento ou não da legislação trabalhista é feita pelo Judiciário (e em alguns casos ao Executivo); à empresa cabe apenas verificar se houve ou não decisão afirmando o descumprimento da lei vigente.

A falácia argumentativa vai além: dizer que a prestação de serviços passaria a ser direcionada apenas a créditos de grandes valores, prejudicando pessoas físicas e pequenas empresas (p. 18) – a análise de risco de “pequenos” clientes demanda a mesma quantidade de tempo que a de “grandes”? Quem tem maior probabilidade de incorrer em alguma situação de risco socioambiental, os “pequenos” ou os “grandes”?

E caso se concretize a necessidade de contratar novos empregados para o exercício de funções de análise – o que nem sequer é certo, e neste momento está apenas no plano da especulação – será um efeito positivo tanto no aspecto social quanto no econômico, contribuindo para a redução da elevada taxa de desemprego, melhora da renda média, e estímulo da economia. Também em relação ao treinamento limita-se a afirmar que “envolveriam vultosos custos” (p. 18 do parecer id e7bd948), inexistindo qualquer estimativa concreta.

Da mesma forma é falsa a afirmação de que o (eventual) aumento de custos “inevitavelmente teriam que ser repassados para os consumidores” (p. 18 do parecer) – argumentação que ao final seria o mesmo que defender que não se faça análise alguma assim como a revogação de normas de proteção do trabalho, tais como de saúde e segurança do trabalho, e do consumidor. Primeiramente é interessante verificar que argumentação não passa pela redução da margem de lucro. Ademais, a fixação dos preços não é determinada diretamente pelos custos de produção, e nem mesmo da proporção entre oferta e procura – “A produção precede o consumo, a oferta pressiona a demanda”⁶²

60. <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/bancos-nao-estao-repassando-reducao-das-taxas-de-juros-a-clientes/>; <https://valor.globo.com/impresso/noticia/2019/09/26/banco-nao-repassa-a-cliente-menor-taxa-selic-da-historia.ghtml>.

61. Sobre este último: Laura Carvalho, *Valsa brasileira*.

62. Karl Marx, *Miséria da filosofia*, 1985, p. 70 (ed. original: *Misère de la philosophie*, 1847). “Esta justa proporção entre a oferta e a procura,

–; o montante do preço é composto pelo valor da mercadoria (insumos + energia empregada, inclusive trabalho humano) acrescido da *mais valia*, que inclui custos (como aluguel, juros bancários, impostos) e o lucro.⁶³ O objetivo é sempre atingir um equilíbrio de redução dos custos ao mínimo e elevação do preço ao máximo, de modo a maximizar os lucros recebidos e expandir a participação no mercado.⁶⁴⁻⁶⁵

Também a afirmação de que “o encarecimento do crédito diminuiria o número de concessões e, com isso, a atividade econômica, tendo impactos negativos sobre o emprego, a renda e a arrecadação tributária” não passa de especulação. A escolha entre absorver eventual custo adicional ou aumentar o preço final do serviço será, afinal, escolha do banco.

A demandada apresenta, também (sobretudo no referido parecer), diversas alegações tentando demonstrar ser essencial para o crescimento do país o crescimento das instituições bancárias, mas os dados reais mostram que a correlação é falsa.

O PIB nacional – com as ressalvas necessárias, visto que “mede a intensidade de uso de recursos, não a utilidade do que é feito” (cf. Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, p. 31)⁶⁶ –, após um período de *desaceleração* entre 2011 e 2014, entrou em *retração* entre 2015 e 2017,⁶⁷ registrando tímido crescimento em relação ao mesmo trimestre do ano anterior apenas no 4º trimestre de 2017 (1,1%) – os valores nos trimestres seguintes (até o 3º de 2019) têm se mantido entre 0,6 e 1,4% de aumento em relação ao período anterior (entre o 4º trimestre de 1999 e o

que começa a ser de novo o objeto de tantos votos, há muito tempo que cessou de existir. Ela passou à condição de velharia. Ela não foi possível senão nas épocas em que os meios de produção eram limitados, em que a troca se verificava em limites extremamente restritos. Com o nascimento da grande indústria, esta justa proporção teve de cessar, e a produção é fatalmente constringida a passar, numa sucessão perpétua, pelas vicissitudes de prosperidade e de depressão, de crise e de estagnação, de nova prosperidade, e assim por diante” (p. 69).

63. Sobre a variação do preço no tempo: John Maynard Keynes, *The general theory of employment, interest and money*, 1936, cap. 21.

64. A fixação do valor depende da quantidade de trabalho empregado na atividade e não do preço do tempo de trabalho – o montante mais ou menos elevado deste é relevante apenas para determinar a *mais valia* e não o *preço* do produto (cf. Karl Marx, *Salario, preço e lucro*, 2018, p. 71 – ed. original: *Value, price and profit*, 1865).

65. “[...] preços e fluxos resultam essencialmente de mecanismos de especulação e de poder político. (...) Um conjunto de produtos que constituem o ‘sangue’ da economia, como alimentos, minérios e energia, não são regulados nem por regras, nem por mecanismos de mercado. E muito menos por qualquer sistema de planejamento que pense os problemas de esgotamento de recursos ou de impactos ambientais” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 101).

66. O autor cita como exemplo o derramamento de petróleo no Golfo do México causado pela explosão numa plataforma de perfuração da British Petroleum – as atividades de limpeza impactaram positivamente o PIB dos EUA daquele ano, muito embora não tenha resultado propriamente em geração de riquezas para a comunidade.

67. 2015: 1º trimestre: -0,7%, 2º trimestre: -1,3%; 3º trimestre: -2,2%; 4º trimestre: -3,5%; 2016: 1º trimestre: -4,4%; 2º trimestre: -4,5%; 3º trimestre: -4,1%; 4º trimestre: -3,3%; 2017: 1º trimestre: -2%; 2º trimestre: -1%; 3º trimestre: -0,1%.

2º de 2009 a variação do crescimento foi entre 0,5% e 6,5%).⁶⁸ Trata-se do maior período de recessão econômica na história brasileira (cf. Febraban, *Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil*,⁶⁹ 2018, p. 21).

Em valores reais o montante mais elevado do PIB nacional foi atingido em 2011: \$2,616 trilhões (dólares americanos); entre 2012 e 2014 permaneceu quase estável pouco abaixo de \$2,5 trilhões, despencando para \$1,802 trilhão em 2015, \$1,796 trilhão em 2016, com leve recuperação para \$2,054 trilhões em 2017, e nova queda para \$1,869 trilhão em 2018.⁷⁰

Nesse período o lucro líquido da ré, refletindo o panorama geral das instituições bancárias (dentre as quais o Safra se situa entre as sete maiores) teve a seguinte evolução: R\$1,358 bilhão (2013), R\$1,547 bilhão (2014), R\$1,654 bilhão (2015), R\$1,698 bilhão (2016), R\$1,915 bilhão (2017), R\$2,146 bilhões (2018) – ano em que o lucro líquido de todos os bancos atingiu o montante de R\$98,5 bilhões, 17,40% acima do ano anterior⁷¹ – e R\$1,040 bilhão já no primeiro semestre de 2019,⁷² enquanto a economia nacional segue em processo de retração.⁷³ É evidente que eventual aumento de custos de produção pode ser facilmente absorvido pelo réu – o custo social pela inobservância das regras em questão é muito mais alto.

Por outro lado, a indústria (incluindo a construção civil) já chegou a ter participação de mais de 42% na composição do PIB brasileiro (1989); manteve-se acima de 30% até 1994 (ano do Plano Real), e desde então vinha se mantendo acima de 20% (a última vez que esteve abaixo de 30% havia sido entre 1965 e 1968), mas desde 2015 vem caindo ainda mais e em 2018 representou apenas 18,44%,⁷⁴ em grande parte como decorrência de

68. https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pi-b#evolucao-taxa.

69. Trata-se de obra que faz defesa cínica da política econômica e vem servindo de guia para as medidas adotadas pelo atual governo.

70. <https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=BR&view=chart>.

71. <https://www.infomoney.com.br/mercados/lucro-dos-bancos-em-2018-foi-o-maior-da-historia-em-termos-nominais-diz-bc/>.

72. <https://www.safra.com.br/data/files/40/06/90/5F/F8969510FDF7C195181808FF/ResDemConDez2014.pdf>; <https://www.safra.com.br/data/files/FB/76/F5/73/72579510A88D3795181808FF/Balanco%20Consolidado%20Dez%202015.pdf>; https://www.valor.com.br/sites/default/files/upload_element/23.02.2017_banco_safra.pdf; https://www.safra.com.br/data/files/E8/02/10/1F/C9DC8610B9CDC926181808FF/X_Demonstra_es%20cont_beis%20consolidadas%20Banco%20Safra%20-%202012_2018.pdf; https://www.safra.com.br/data/files/D5/70/50/7D/52C6C610DECE3BB6181808FF/X_Demonstrac_o_es%20conta_beis%20consolidadas%20BS%20-%202006_2019.pdf.

73. <https://theintercept.com/2019/09/25/fincam-lucram-quanto-economia-afunda/>; <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/08/16/banco-safra-tem-lucro-de-r-1-bilhao-no-primeiro-semester.ghtml>; https://www.safra.com.br/data/files/D5/70/50/7D/52C6C610DECE3BB6181808FF/X_Demonstrac_o_es%20conta_beis%20consolidadas%20BS%20-%202006_2019.pdf.

74. <https://data.worldbank.org/indicador/NV.IND.TOTL.ZS?locations=BR>.

uma política econômica (nem sempre transparente, nem sempre moral, e nem sempre legal) privilegiando a contenção de gastos e transferência de ativos para empresas privadas, sobretudo estrangeiras⁷⁵ – contando frequentemente com o *lobbying* de instituições bancárias,⁷⁶ o que se reflete de modo eloquente nas variações do mercado financeiro –,⁷⁷ e liberação sem critérios de importações, somada com políticas de juros⁷⁸ e câmbio equivo-

75. <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/consequencias-economicas-da-operacao-lava-jato-1.ghtml>; <http://www.defesnet.com.br/terrestre/noticia/34969/Em-Santa-Catarina--Exercito-demonstra-portada-pesada-com-capacidade-de-carga-padrao-OTAN-/>.

76. <https://theintercept.com/2019/07/26/deltan-encontro-secreto-bancos-xp/>; <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/10/bc-bancos-estao-preocupados-com-atrasos-na-aprovacao-da-previdencia.htm>; <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/com-reforma-brasil-cria-condicoes-para-mais-investimento-em-prego-e-renda-diz-presidente-do-itau,70003060170.amp>; <https://exame.abril.com.br/economia/banqueiros-comemoram-fim-da-saga-da-previdencia-e-ja-querem-mais/amp/>.

77. P.ex.: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/22/bo-vespa.ghtml>.

78. Os malefícios das taxas elevadas e descontroladas: “1º) introduz clima de instabilidade que dificulta a retomada dos investimentos e a consolidação do crescimento; 2º) a elevada remuneração oferecida pelas aplicações financeiras atua como um fator de dissuasão de novas iniciativas e empreendimentos; 3º) a manutenção de uma elevada remuneração no mercado de dinheiro, ao oferecer um atraente refúgio para os capitais, torna mais provável a desistência diante de quaisquer dificuldades. Por outro lado, a existência de uma fácil e bem remunerada alternativa de aplicação dá aos proprietários de capital um grande poder de pressão sobre os trabalhadores e sobre o próprio Governo. Cria, em outras palavras, a possibilidade de uma fuga interna’ de capitais; 4º) a existência de uma elevadíssima taxa de juros faz com que os movimentos de valorização e desvalorização de ativos, associados a mudanças nas taxas de juros, promovam enormes ganhos e perdas. Frente a isto, a remuneração corrente do capital produtivo e das iniciativas empresariais perdem importância relativa. A consequência última deste fato é o reforço do componente especulativo nas decisões econômicas. Mais uma vez, estamos diante de um fenômeno prejudicial à consolidação do crescimento. O dano aqui se traduz no surgimento de uma situação altamente instável; 5º) o encarecimento do capital de giro em consequência da elevação dos juros acarreta a necessidade de se operar com estoques mínimos. Este fenômeno, ao enrijecer a oferta a curto prazo, introduz mais um componente de instabilidade no sistema. Referimo-nos ao fato de que elevações não antecipadas da demanda tenderão a acarretar altas intempestivas de preços, em decorrência da quase inexistência do colchão amortecedor formado pelos estoques. Concluem os economistas que é importante lembrar que os grandes surtos de investimento que permitiram autênticos saltos da economia brasileira tiveram por base condições de financiamento excepcionalmente favoráveis. Ainda quando este tipo de mutação da estrutura econômica não mais venha a ocorrer, há que sublinhar que o retorno a elevadas taxas de investimento requererá o restabelecimento dos juros baixos como parâmetro de uma economia em que o crescimento volte a ser a normalidade.” (Antonio Barros de Castro, Francisco Eduardo Pires de Souza, *A economia brasileira em marcha forçada*, 1985, p. 205-212 *apud* Sérgio Gischkow Pereira, *A limitação constitucional dos juros reais*, in: *Ajuris*, n. 47, p. 182-183). “O impacto econômico deste processo é simples: do lado do produtor, o lucro é

casas,⁷⁹ estimulando compras externas e eliminando a produção e os empregos locais.⁸⁰

O sistema (bancos mas também comércios) estimula o endividamento e reduz a capacidade de consumo – a pessoa paga taxas e juros ao invés de produtos – “as famílias se endividam muito comprando pouco” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 197), e os valores elevados tornam a inadimplência mais provável num cenário de desemprego e baixa remuneração generalizada.⁸¹

A desestatização (consequência da política de desinvestimento), além de colocar nas mãos de pessoas privadas (não raro estrangeiras) decisões estratégicas fundamentais para o desenvolvimento do país – tais como, p.ex., definição de preço de mercadorias essenciais e serviços de infraestrutura, bem como escolha de áreas de atuação e expansão ou retração – via de regra leva à imediata redução do quadro de empregados e implementação de nova (pior) política salarial como medidas de *redução-de-custos/aumento-da-margem-de-lucro*, reduzindo a média remuneratória dos trabalhadores com já conhecidos efeitos na economia local de queda do volume do comércio (sobretudo aquele voltado a pessoas de renda intermediária, mas levando por vezes ao aumento do

insuficiente para desenvolver, ampliar ou aperfeiçoar a produção, e em consequência a oferta não se expande. Do lado do consumidor, o preço é muito elevado, o que faz com que o consumo também seja limitado. Quem ganha é o intermediário, com margens muito elevadas sobre um fluxo relativamente pequeno de produto. E os intermediários, cada vez mais, são imensas redes de comercialização que passam a ditar preços, com ganhos financeiros de oligopólio, economia de pedágio” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 96).

79. Os juros altos dificultam o acesso ao crédito e desestimulam o investimento. O câmbio valorizado artificialmente estimula importações, inundando o mercado nacional com produtos estrangeiros mais baratos, e dificulta as exportações; a desvalorização feita sem planejamento, por outro lado, atrapalha as indústrias que dependem de insumos estrangeiros e mesmo quando tem o potencial de beneficiar exportações, leva a medidas como retaliações em taxas alfandegárias (https://brasil.elpais.com/brasil/2019/12/02/economia/1575299561_364176.html).

80. <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/nao-ha-o-que-se-comemorar-na-economia-real-de-bolsonaro/>.

81. “(...) a desculpa de juros elevados pelo drama da inadimplência é simplesmente falsa. No sistema, apenas 3,4% tiveram atraso de mais de 90 dias, sendo de 3,7% para pessoas físicas e 3,1% no caso das empresas. A inadimplência que há, obviamente, está situada essencialmente no crédito livre [com juros mais elevados – média de 57,7% ao ano para pessoa física e 22,2% para pessoa jurídica], com 5,0%, enquanto no crédito direcionado é de apenas 1,8% [juros mais baixos: média de 8,2% ao ano para pessoa física e 12,2% para pessoa jurídica]” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 241). *Crédito livre* é aquele em que as taxas são “pactuadas livremente” (“as instituições financeiras têm autonomia sobre a destinação dos recursos captados em mercado”), e *crédito direcionado* se refere às “operações de crédito regulamentadas pelo CMN ou vinculadas a recursos orçamentários destinadas, basicamente, à produção e ao investimento de médio e longo prazos aos setores imobiliário, rural e de infraestrutura” (https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/Documents/Estatisticas_mensais/Monetaria_credito/glossariocredito.pdf).

chamado “comércio popular” que frequentemente é informal e pouco, se algo, contribui com o recolhimento de tributos) e intensificação do processo de gentrificação, alimentando ainda mais o aumento da desigualdade social (e também regional, quando esse processo é mais intenso numa região do que em outra).

Todos esses fatores agregados comprimem a massa de rendimentos, o consumo interno, e a arrecadação fiscal, aumentando a dependência externa.

As atividades financeiras, por outro lado, vêm desde 2014 representando fatia significativa do PIB: 6,4% (2014), 7,1% (2015), 7,9% (2016), 7,5% (2017), e 7% (2018),⁸² enquanto que o setor de serviços em geral (que inclui os serviços financeiros) apresentou no mesmo períodos uma participação mais estável: 61,25% (2014), 62,3% (2015), 63,19% (2016), 63,08% (2017), 62,63% (2018).⁸³

O confronto entre os dados revela um movimento de migração do capital financeiro de atividades produtivas para atividades improdutivas, de uma atividade menos lucrativa para outra mais lucrativa (a aplicação financeira)⁸⁴ – “gargalos que geram lucros extraordinários sem agregação de valor correspondente” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 99) – mas onde a acumulação de capital e aumento da diferença social é mais intenso:

“(…) os recursos existem, mas a sua produtividade é esterilizada por um sistema generalizado de especulação que drena as capacidades de investir na economia real. (...) O PIB mundial cresce num ritmo situado entre 1% e 2,5% segundo os anos. As aplicações financeiras rendem acima de 5% e frequentemente muito mais. Gerou-se portanto uma dinâmica de transformação de capital produtivo em patrimônio financeiro: a economia real sugada pela financeirização planetária” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 33).

Em toda a cadeia de produção/consumo quem produz é quem recebe a menor parte do valor final – “Produzir rende pouco. O que rende é intermediar a produção dos outros” (cf. Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 93-95).

O *coeficiente de Gini*⁸⁵ do Brasil vinha melhorando desde

82. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22936-em-2016-pib-che-ga-a-r-6-3-trilhoes-e-cai-3-3-em-volume>; ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/2017/pib-vol-val_201704caderno.pdf; ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201901caderno.pdf.

83. <https://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TOTL.ZS?locations=BR>.

84. Esses movimentos de transferência são inerentes ao sistema capitalista de produção, e levam em conta o exclusivo critério de maior lucro e não o que é melhor para a sociedade ou economia nacional (cf. Karl Marx, *Salário, preço e lucro*, 2018, p. 21 – ed. original: *Value, price and profit*, 1865).

85. Medida de dispersão estatística que pretende representar a distribuição de renda ou riqueza dos residentes de um país – é a medida de

1996 (quando estava em 0,599), atingindo sua melhor pontuação em 2015 (0,513); em 2016 piorou (0,537 – mesmo índice que havia sido atingido em 2009) e em 2017 teve leve melhora (0,533).⁸⁶ A lista de países com distribuição de renda mais desigual do que a do Brasil é curta⁸⁷ e evidencia o fracasso no atendimento do comando contido no art. 3º, III, da Constituição Federal.⁸⁸

A propósito, enquanto que no período de 2013 a 2018 o lucro líquido do banco réu aumentou pouco acima de 58%, o salário de ingresso da categoria dos bancários passou

desigualdade econômica mais comumente utilizada –, variando de 0 a 1, sendo que zero representa a completa igualdade (distribuição das riquezas de forma isonômica entre todos os membros da sociedade) e 1 a completa desigualdade (concentração de toda a riqueza num único indivíduo). Sua análise leva em conta a distribuição de renda e consumo mas possui limitações, é certo, sobretudo em relação aos critérios utilizados em cada pesquisa (inclusive excluindo as pessoas ricas, que não são abordadas nesses tipos de pesquisa); ademais, via de regra, não são considerados elementos tais como benefícios sociais (gratuidade ou subsídios públicos concedidos nas áreas de saúde, educação, transporte, saneamento, e outros serviços ligados a necessidades básicas da pessoa), o que gera distorções consideráveis na medida em que os gastos com estes serviços representam um impacto muito maior no bolso das pessoas com menor renda. Em outras palavras: a desigualdade real é muito maior do que a medida.

86. https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?end=2017&locations=BR&most_recent_value_desc=true&start=1979&view=chart. Há outras instituições que divulgam listas com base em metodologia semelhante, mas com pouca variação no resultado.

87. Moçambique, Lesoto, República Centro-Africana, Zâmbia, Suriname, Namíbia, e África do Sul. Empatados com o Brasil estão Belize e Botswana. Em relatório divulgado em 09.12.2019 – Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU – o Brasil é apontado como tendo a 2ª pior distribuição de renda do mundo, perdendo apenas para o Catar (e por pouco): no Brasil os 1% mais ricos concentram 28,3% da renda total do país (no Catar essa proporção é de 29%), enquanto os 10% mais ricos concentram 41,9% da renda total (<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maior-concentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>).

88. A riqueza é finita, e uma distribuição de renda desigual levando à existência de pessoas muito ricas é indicador de que há muito mais pessoas muito pobres. No Brasil, segundo dados da revista Forbes (<https://www.forbes.com/billionaires/#5049ad47251c>) há 58 bilionários, com uma riqueza acumulada de \$179,1 bilhões (dólares americanos), de um total de \$2 trilhões – isto é, 0,00027% da população controla 9% da riqueza nacional. Os cinco homens mais ricos do país têm a mesma riqueza do que a metade mais pobre da população (c. 100 milhões de pessoas); a renda dos 5% mais ricos é igual à dos 95% restantes somada (<https://www.oxfam.org/en/brazil-extreme-inequality-numbers>). Enquanto isso 13,5 milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza no Brasil, com renda mensal per capita inferior a R\$145,00 (\$1,9/dia) (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>). Uma economia de baixa inflação, salários miseráveis e alto desemprego é o cenário perfeito para a política neoliberal e terreno fértil para o aprofundamento da desigualdade social neste país em que o crescimento reproduz exclusão.

de R\$1.503,32⁸⁹ a R\$2.100,22,⁹⁰ representando aumento de 39,7%, revelando significativa redução do *salário relativo* (relação entre a parte do valor agregado pelo trabalho ao produto que é destinada ao trabalhador e a parte distribuída aos sócios/acionistas) o que implica em agravamento da desigualdade social, visto que uma parte cada vez maior da mais valia é direcionada para quem já é mais rico e uma parte menor para quem já é mais pobre.⁹¹

Assim, mesmo com lucros montantes das instituições bancárias, vemos a retração da economia numa das piores crises econômicas deste país, com um setor industrial cada vez menos relevante, taxa de desemprego acima de 10% desde o início de 2016 – atingiu 13,7% no 1º trimestre de 2017, e encerrou o 1º semestre de 2019 com 12% –, e taxa de subutilização em aumento desde 2014 (quando estava em 14,7%), chegando atualmente a 24,6%, representando 28,1 milhões de pessoas,⁹² enquanto o índice de desigualdade social segue entre os piores do mundo.

Completando o cenário de alto desemprego, trabalho precarizado (com baixos rendimentos⁹³ e condições de trabalho

89. <https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/ZIP/CCTs%20CONTRAF%20.zip>.

90. <https://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/com11418 - cct-2018-2020.pdf>.

91. Cf. Karl Marx, *Lavoro salariato e capitale*, 2015, p. 52 (ed. original de 1847: *Lohnarbeit und Kapital*). Há globalmente uma tendência desde 2004 de redução da parte da produção utilizada para remunerar o trabalho (<https://ilostat.ilo.org/2019/10/23/decent-work-and-the-sdgs-11-charts-that-tell-the-story/>).

92. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25315-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-8-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-julho-de-2019>.

93. Como já afirmado acima, o ritmo reduzido de aumento salarial é consequência evidente da maior insegurança no trabalho (“the consequence of greater worker insecurity”), cf. Alan Greenspan, *The Federal Reserve’s semiannual monetary policy report Before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs*, U.S. Senate, 26.02.1997: “For some, the benign inflation outcome of 1996 might be considered surprising, as resource utilization rates—particularly of labor—were in the neighborhood of those that historically have been associated with building inflation pressures. To be sure, an acceleration in nominal labor compensation, especially its wage component, became evident over the past year. But the rate of pay increase still was markedly less than historical relationships with labor market conditions would have predicted. Atypical restraint on compensation increases has been evident for a few years now and appears to be mainly the consequence of greater worker insecurity. In 1991, at the bottom of the recession, a survey of workers at large firms by International Survey Research Corporation indicated that 25 percent feared being laid off. In 1996, despite the sharply lower unemployment rate and the tighter labor market, the same survey organization found that 46 percent were fearful of a job layoff” (“Para alguns, o resultado benigno da inflação de 1996 pode ser considerado surpreendente, uma vez que as taxas de utilização de recursos - particularmente de mão-de-obra - estavam nas vizinhanças daquelas que historicamente têm sido associadas ao aumento das pressões inflacionárias. Certamente, uma aceleração na remuneração nominal do trabalho, especialmente seu componente

adversas),⁹⁴ e nível salarial em geral baixo com consequente perda do poder de compra (reflexos previsíveis das seguidas reformas na legislação trabalhista,⁹⁵ colocando o Brasil entre os piores países do mundo para se trabalhar),⁹⁶ temos uma

salarial, tornou-se evidente no ano passado. Mas a taxa de aumento salarial ainda era marcadamente menor do que as relações históricas com as condições do mercado de trabalho teriam previsto. A restrição atípica aos aumentos de remuneração é evidente há alguns anos e parece ser principalmente a consequência de uma maior insegurança dos trabalhadores. Em 1991, no fundo da recessão, uma pesquisa realizada com trabalhadores de grandes empresas pela International Survey Research Corporation indicou que 25% temiam ser demitidos. Em 1996, apesar da taxa de desemprego acentuadamente mais baixa e do mercado de trabalho mais rígido, a mesma organização de pesquisa descobriu que 46% tinham medo de uma dispensa de emprego”) (Disponível em <https://www.federalreserve.gov/boarddocs/hh/1997/february/testimony.htm>).

94. Há um movimento sem fim buscando aprofundar sempre mais essa situação (<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/11/02/contratacao-por-ate-15-minimo-vai-ficar-mais-barrata.amp.htm>; diversos artigos da MPv n. 905, de 11.11.2019, que cria o infame “contrato verde e amarelo” além de trazer diversas alterações na legislação trabalhista e tributária), enquanto o ministro da economia acha que o grande problema é pobre não saber capitalizar seus recursos (<https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/paulo-guedes-critica-servidor-publico-e-detalha-pacote-pos-reforma-da-previdencia/>) – a melhor resposta é uma frase dita pelo personagem do ator Donald Glover na primeira temporada da série televisiva *Atlanta*: “I’m poor, Darius. And poor people don’t have time for investments because poor people are too busy trying not to be poor. I need to eat today, not in September” (“Eu sou pobre, Darius. E os pobres não têm tempo para investimentos porque os pobres estão muito ocupados tentando não ser pobres. Eu preciso comer hoje, não em Setembro”).

95. As alterações legais reduziram direitos trabalhistas e o custo de contratação, reduzindo uma proteção que já era insuficiente, fomentaram ainda mais o trabalho informal (sem contribuição para a previdência social), e em nada contribuíram para a redução do desemprego. Veja-se as seguintes análises sob a perspectiva econômica: Andréia Galvão, José Dari Krein, Magda Barros Biavaschi, Marilane Oliveira Teixeira, *A reforma trabalhista e seus prováveis impactos*, in: *Carta social e do trabalho*, n. 35, p. 41-70, jan-jun.2017; Marilane Oliveira Teixeira, Andréia Galvão, José Dari Krein, Magda Biavaschi, Paula Freitas de Almeida, Hélio Rodrigues de Andrade (orgs.), *Contribuição crítica à reforma trabalhista*, 2017 (publicação do CESIT/IE/Unicamp); José Dari Krein, Denis Maracci Gimenez, Anselmo Luis dos Santos (orgs.), *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*, 2018; Augusto Xavier de Carvalho, *A reforma trabalhista e o mito da geração de empregos*, in: *Carta social e do trabalho*, n. 38, p. 12-31, jul-dez.2018; Cassiano José Bezerra Marques Trovão, Juliana Bacelar de Araújo, *O mercado de trabalho após a reforma trabalhista de 2017*, in: *Carta social e do trabalho*, n. 38, p. 32-45, jul-dez.2018; José Dari Krein, Roberto Vêras de Oliveira, Vitor Araújo Filgueiras (orgs.), *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidades*, 2019; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Mercado de trabalho: conjuntura e análise*, v. 67, out.2019.

96. Segundo o *Índice Global de Direitos*, da Confederação Internacional de Sindicatos: [VOL. 13 | 1º SEMESTRE | 2020](https://files.rassegnait.it/userdata/sites/rassegnait/attach/2019/06/2019-06-ituc-global-rights-index-</p>
</div>
<div data-bbox=)

política econômica de exclusão da população de serviços como saúde,⁹⁷ educação, moradia, água, energia, transporte e previdência,⁹⁸ enquanto que no mês de outubro foi registrada retração do índice oficial de inflação (o IPCA) – em setembro teve queda de 0,04%⁹⁹ em relação ao mês anterior, e no mês seguinte aumento de 0,51%¹⁰⁰ –, indicando um possível

[-2019-report-en 11476.pdf](https://www.rassegnait.it/articoli/csi-i-diritti-del-lavoro-sono-sotto-attacco); <https://www.rassegnait.it/articoli/csi-i-diritti-del-lavoro-sono-sotto-attacco>; <https://www.rassegnait.it/articoli/i-10-paes-peggiori-al-mondo-per-i-lavoratori>.

97. A recente MPv n. 904, de 11.11.2019, extingue o DPVAT (seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não), cujo valor arrecadado era utilizado em parte para financiar a seguridade social e programas de prevenção de acidentes (cf. art. 27, da Lei n. 8212, de 24.07.1991, e art. 78, parágrafo único, da Lei n. 9503, de 23.09.1997), enquanto que por outro lado são atribuídas novas isenções a empresas (art. 9º, da MPv n. 905, de 11.11.2019) e passa a incidir contribuição previdenciária sobre os montantes pagos a título de seguro desemprego (art. 43, da MPv n. 905, de 11.11.2019).

98. Os efeitos negativos da PEC n. 6/2019 (a mais nova reforma da previdência) também já são previsíveis: Ana Luíza Matos de Oliveira, Bárbara Vallejos Vazques, Euzébio Jorge Silveira de Sousa, *A reforma da previdência vai aprofundar a crise econômica*, in: *Carta social e do trabalho*, n. 38, p. 58-64, jul-dez.2018. Além disso, não bastasse a EC n. 95, que limitou os gastos públicos em geral, agora se quer inserir nova alteração constitucional para excluir os gastos mínimos em educação e saúde – PEC n. 186/2019 (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/guedes-quer-eliminar-piso-para-saude-e-educacao-em-estados-e-municipios.shtml>); <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139702>), sempre com o objetivo de economizar recursos para pagamento de juros da dívida pública em detrimento de investimentos nas áreas de atuação principal do Estado (<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/pec-emergencial-preve-economia-de-r24-8-bi-70003075035.amp>). Receita semelhante levou a pobreza na Argentina a níveis inéditos (<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/10/23/apos-prometer-pobreza-zero-macri-fecha-mandato-com-maior-indice-da-decada.amp.htm>) e o Chile ao colapso social que deu origem aos protestos deflagrados em outubro.2019 (<https://www.jacobinmag.com/2019/10/chile-protests-fare-hike-general-strike>; <https://jacobinmag.com/2019/10/chile-protests-sebastian-pinera-constitution-neoliberalism>). A política de austeridade é objeto de críticas em todo o globo: <https://www.independent.co.uk/news/health/tory-austerity-deaths-study-report-people-die-social-care-government-policy-a8057306.html>; <https://amp.theguardian.com/business/2019/nov/03/austerity-not-europe-broke-britain-left-behind-voters>.

99. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25643-ipca-de-setembro-fica-em-0-04>.

100. O aumento foi puxado pela alta do preço da carne, resultado de escassez do produto no mercado interno em razão da alta demanda de exportações para a China (<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/06/inflacao-oficial-fica-em-051percent-em-novembro.ghtml>) decorrente da desvalorização cambial relacionada a uma fuga de capital estrangeiro, à redução da reserva cambial, e à especulação financeira (a política cambial há vinte anos mantém nossa moeda artificialmente valorizada e a falta de atuação forte do Estado leva à volatilidade da taxa de câmbio). Sem esse fator o índice de inflação no mês teria sido de 0,3% ([SENTENÇA](https://www.em.com.br/app/noticia/econo-</p>
</div>
<div data-bbox=)

início de processo deflacionário e nova (e mais impactante) redução do PIB na medida em que o mercado se adapta à queda da procura e do poder aquisitivo afetando as classes média e trabalhadora.¹⁰¹

A recente divulgação pelo IBGE da *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua* referente ao

[mia/2019/12/06/internas economia.1106331/puxada-pela-carne-inflacao-registra-pior-mes-de-novembro-em-4-anos.shtml](https://www.ibge.gov.br/indicadores-economia/1106331/puxada-pela-carne-inflacao-registra-pior-mes-de-novembro-em-4-anos.shtml)), mantendo-se a estagnação da economia e pressão para deflação.

101. “But class, to me, is actually quite a simple concept: it is about what wealth people have and how they have acquired it. Class, in its essence, is about what people own and the power that wealth allows someone to wield. (...) we have no savings, because we cannot save. We own nothing that could allow us not to work and therefore we are working class. What happens when someone on a comfortable income becomes unwell and can no longer work? Or makes a mistake at work and is fired? Say they are made redundant or happen to have a hostile employer who has taken a dislike to them. Employment rights enforcement is so weak in the UK today, that without being a member of a trade union, that person’s chance of holding onto their job is slim. When secure employment is becoming a rarity, when decent jobs are so hard to find, when wages are so low for so many, it only takes a few months out of work for most of what passes for our middle class’ to get into serious trouble. And with a diminishing safety net after years of austerity, the slide can come quickly. What is the difference between this person and someone working as a cleaner on minimum wage? The shock might be absorbed for a little while longer. They may have assets that they can sell, or some savings. Their monthly disposable income may be much higher than their minimum wage colleague. But all it takes is a job loss, or a debt spiral, or even a bad investment, and their status as someone who has escaped’ the working class won’t mean very much for very long” (“Mas classe, para mim, é realmente um conceito bastante simples: trata-se da riqueza que as pessoas têm e de como a adquiriram. A classe, em sua essência, é sobre o que as pessoas possuem e o poder que a riqueza permite que alguém exerça. (...) não temos poupança, porque não podemos poupar. Não possuímos nada que nos permita não trabalhar e, portanto, somos da classe trabalhadora. O que acontece quando alguém com uma renda confortável fica doente e não consegue mais trabalhar? Ou comete um erro no trabalho e é demitido? Digamos que eles se tornem desnecessários ou que tenham um empregador hostil que não goste deles. A aplicação dos direitos trabalhistas é tão fraca no Reino Unido atual que, sem ser membro de um sindicato, a chance de a pessoa se manter no emprego é mínima. Quando o emprego seguro está se tornando uma raridade, quando os empregos decentes são tão difíceis de encontrar, quando os salários são tão baixos para tantos, leva apenas alguns meses sem trabalho para a maior parte daqueles que se passam por nossa ‘classe média’ ficar com problemas sérios. E com uma rede de segurança em redução após anos de austeridade, a queda pode ocorrer rapidamente. Qual é a diferença entre essa pessoa e alguém que trabalha como faxineiro com salário mínimo? O choque pode ser absorvido por algum tempo mais. Eles podem ter ativos que podem vender ou algumas economias. Sua renda mensal disponível pode ser muito maior do que seu colega de salário mínimo. Mas basta uma perda de emprego, uma espiral de dívidas ou mesmo um investimento ruim, e seu status de alguém que ‘escapou’ da classe trabalhadora não significará muito por muito tempo”) (Laura Pidcock, *It’s time to talk about class*, disponível em: <https://www.tribunemag.co.uk/2019/11/its-time-to-talk-about-class>).

ano de 2018¹⁰² pinta com tintas mais fortes esse cenário. A pesquisa mostra que a diferença entre os rendimentos da parcela mais rica, a faixa representando 1% da população (2,1 milhões de pessoas com renda média de R\$27.774 – aumento de 8,4% em relação a 2017 –, evidenciando que o parâmetro de partida já não é muito elevado e inclui uma parte da míngua classe média nacional¹⁰³ – uma comparação com os rendimentos da classe capitalista, o 0,1% mais rico, com renda mensal de ao menos R\$80 mil, mostraria um resultado muito mais impactante)^{104,105}

102. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25702-renda-do-trabalho-do-1-mais-rico-e-34-vezes-maior-que-da-metade-mais-pobre>; <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>; ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Anual/Rendimento_de_Todas_as_Fontes_2018/PNAD_Continua_2018_Rendimento_de_Todas_as_Fontes.xls. 103. Reportagem de 2018: “Segundo a Oxfam, basta uma renda familiar per capita de cerca de dois salários mínimos (algo em torno de R\$ 1.800,00 por membro da família) para que um brasileiro figure entre os 20% mais ricos. Mesmo para estar entre os 10% mais ricos esta renda não precisa ser muito alta. Três salários mínimos per capita (ou R\$ 2.800) já são suficientes para tanto” (<http://www.justificando.com/2018/01/02/quando-cobramos-dos-mais-ricos-nao-estamos-falando-de-voce/>).

Reportagem de 2017: “Jorge Paulo Lemann (AB Inbev), Joseph Safra (Banco Safra), Marcel Hermmann Telles (AB Inbev), Carlos Alberto Sicupira (AB Inbev), Eduardo Saverin (Facebook) e Ermirio Pereira de Moraes (Grupo Votorantim) são as seis pessoas mais ricas do Brasil. Eles concentram, juntos, a mesma riqueza que os 100 milhões mais pobres do país, ou seja, a metade da população brasileira (207,7 milhões). (...) O levantamento também revelou que os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95% da população. Além disso, mostra que os super ricos (0,1% da população brasileira hoje) ganham em um mês o mesmo que uma pessoa que recebe um salário mínimo (937 reais) - cerca de 23% da população brasileira - ganharia trabalhando por 19 anos seguidos” (https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html). Para uma análise mais detalhada, inclusive com referências a outros estudos, v. Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 24-31.

104. “Como se trata de uma pesquisa domiciliar, a partir de um questionário, as pessoas mais ricas e com outras fontes de renda – sobretudo de aplicações financeiras e aluguéis – tendem a não mencionar esses ganhos quando abordadas. Já o Relatório da Desigualdade Global, da Escola de Economia de Paris e que agrega pesquisas domiciliares, contas nacionais (onde constam subsídios e incentivos a grupos) e declarações de imposto de renda, sustenta que a concentração de renda no Brasil é ainda maior: o 1% mais rico se apropria de 28,3% dos rendimentos brutos totais. Na outra ponta, os 50% mais pobres ficam com apenas 13,9% do conjunto de todos os rendimentos. Por esses cálculos, o Brasil é o país democrático mais desigual do mundo, atrás somente do autocrático e minúsculo Qatar” (<https://www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2019/10/diferenca-de-rendimentos-entre-pobres-e-ricos-e-recorde.shtml>).

105. Com dados de 2015: “Quando se depura a estatística para o 0,1% mais rico, um grupo de 140 mil indivíduos recebe ao menos US\$ 799,2 mil todos os anos. Isso é só a faixa de corte. A média para tal grupo gira em torno de US\$ 2,8 milhões ao ano. Como base de comparação,

e a metade¹⁰⁶ mais pobre (quase 104 milhões de pessoas, com renda média de R\$820 – redução de 3,2% em relação ao ano anterior) atingiu recorde em 2018 (desde o início da série histórica do índice, em 2012) – aqueles ganham o equivalente a 33,87 vezes o que estes recebem.¹⁰⁷ A cartilha econômica seguida há anos, e intensificada nos anos mais recentes, reduziu os custos de contratação da mão de obra e concentrou o capital.

Aos efeitos da recessão econômica são atribuídas mais de 31 mil mortes de pessoas com 15 anos ou mais no período de 2012 a 2017, em geral em razão de doenças cardiovasculares e câncer;¹⁰⁸ ao mesmo tempo, o número de moradores em situação de rua em São Paulo deve alcançar o seu maior nível na história, com cerca de 40 mil pessoas apenas na capital paulista (aumento de mais de 100% num período de quatro anos), estimando-se que a cada dia cerca de trinta novas pessoas se juntem a essa multidão.¹⁰⁹

Enquanto isso o Governo Federal promulga a Medida Provisória “do Contribuinte Legal” (MPv n. 899, de 16.10.2019), com o objetivo de “estimular a regularização e a resolução de conflitos fiscais entre a Administração Tributária Federal e os contribuintes com débitos junto à União” com descontos podendo variar de 50% a 70% do valor da dívida (art. 5º, §§3º e 4º),¹¹⁰ a bolsa de valores (descolada da economia real) atin-

Marc Morgan, autor do estudo, aponta que a renda média de toda a população fica em US\$ 19,5 mil ao ano” (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1931198-renda-media-dos-brasileiros-ricos-e-maior-que-a-dos-franceses.shtml>).

106. Na verdade a pesquisa exclui os 5% mais pobres desta conta; com eles a média mensal reduz para R\$413 (https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/30/economia/1572454880_959970.html).

107. A faixa dos 5% mais pobres (10,4 milhões de pessoas) sobrevive com R\$ 51 mensais, em média; considerados os 30% mais pobres (60,4 milhões de pessoas), a renda média per capita chega a apenas R\$ 269 (<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/metade-dos-brasileiros-vive-com-r-413-mensais.70003051718.amp>). “De 2017 para 2018, por exemplo, o ganho dos 10% mais pobres caiu 3,2% (para R\$ 153 em média) enquanto o do 1% mais rico aumento 8,4% (para R\$ 27.774)”;

“a extrema concentração de renda no Brasil revela que os 10% da população com os maiores ganhos detinham, no ano passado, 43,1% da massa de rendimentos (R\$ 119,6 bilhões). Na outra ponta, os 10% mais pobres ficavam com apenas 0,8% da massa (R\$ 2,2 bilhões)” (<https://www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2019/10/diferenca-de-rendimentos-entre-pobres-e-ricos-e-recorde.shtml>)

108. Thomas Hone *et alii*. *Effect of economic recession and impact of health and social protection expenditures on adult mortality: a longitudinal analysis of 5565 Brazilian municipalities*, in: *Lancet - Global Health*, v. 7, n. 1, p. e1575-e1583, nov. 2019. Foi verificada correlação entre os efeitos da crise econômica, tais como taxa de desemprego, e o aumento do índice de mortalidade, constatando que este foi mais contido em regiões com mais investimentos em saúde pública e assistência social. Há reportagem recente analisando esse estudo: <https://oglobo.globo.com/economia/estudo-inedito-atribui-31-mil-mortes-no-brasil-efeitos-da-recessao-24017832>.

109. https://br.noticias.yahoo.com/moradores-de-rua-sp-070048350.html?soc_src=community.

110. https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/bolsonaro-assina-mp-para-incentivar-regularizacao-de-dividas-junto-a-uniao.70003051929?utm_source=anexo_app.

ge recorde de negociações¹¹¹ e se prepara para receber um aumento de trinta vezes no volume de operações diárias,¹¹² o Governo Federal “estuda cobrar impostos de trabalhadores que prestam serviços para empresas de aplicativos”,¹¹³ gasta R\$4,6 milhões em cartões corporativos nos primeiros oito meses de 2019 (média de R\$19 mil por dia),¹¹⁴ e propõe uma reforma tributária que se preocupa apenas com aspectos superficiais, sem aliviar a tributação sobre o consumo ou incrementar a carga tributária sobre a renda e propriedade dos “super-ricos”¹¹⁵ (e nenhuma linha sobre regulamentar o art. 153, VII, da CF).

Seguimos sujeitos a política econômica e tributária que insiste em tratar a economia como uma equação de soma-zero, em que basta retirar um item de um dos elementos da equação que automaticamente ele será realocado na outra ponta – a economia é um sistema dinâmico e complexo.

No estudo *A ineficiência da desigualdade*,¹¹⁶ a CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (órgão criado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas) enfatiza que as políticas em favor da igualdade não somente produzem efeitos positivos em termos de bem-estar social, mas também, contribuem para gerar um sistema econômico mais favorável para a aprendizagem, a inovação, o aumento da produtividade e a proteção ambiental, e que para enfrentar a chamada *quarta revolução industrial* é fundamental impulsionar políticas trabalhistas e produtivas complementares no âmbito de estratégias nacionais e regionais de desenvolvimento sustentável.¹¹⁷

O cenário apocalíptico desenhado pela defesa em caso de crise bancária não é verosímil. A uma porque o histórico nacional é de que o Governo presta socorro financeiro aos bancos em dificuldade, como no infame caso da MPv n. 1179, de 03.11.1995,¹¹⁸ que criou o *Programa de Estímulo à Reestruc-*

111. <https://exame.abril.com.br/mercados/bolsa-ultrapassa-os-106-mil-pontos-e-quebra-recorde-de-fechamento/amp/>; <https://www.infomoney.com.br/mercados/ibovespa-fecha-acima-dos-108-mil-pontos-pela-primeira-vez-na-historia-dolar-perde-os-r-400/amp/>.

112. <https://www.infomoney.com.br/carreira/bolsa-se-prepara-para-crescimento-de-ate-30-vezes-e-mercado-vai-precisar-de-profissionais/amp/>.

113. <https://oglobo.globo.com/economia/governo-estuda-cobrar-impostos-de-trabalhadores-que-prestam-servicos-para-empresas-de-aplicativos-24028846>.

114. <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/gatos-com-cartao-corporativo-da-presidencia-sao-os-maiores-dos-ultimos-anos.html>. Gastos efetuados sem qualquer transparência, visto não haver divulgação de como são feitos.

115. <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/ReformaTributaria/index.html>; <https://www.jornaldocomercio.com/conteudo/politica/2019/09/704944-reforma-tributaria-deve-ativar-economia-diz-moreira.html>.

116. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43569/4/S1800303_pt.pdf.

117. <https://www.cepal.org/pt-br/noticias/enfrentar-quarta-revolucao-industrial-fundamental-impulsionar-politicas-trabalhistas>.

118. Reeditada múltiplas vezes – sob os ns. 1214/1995, 1250/1996,

turação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional – PROER,¹¹⁹ e frequentemente atende reivindicações de alteração legislativa em benefício exclusivo das entidades bancárias, como, p.ex.:

- com o controle da hiperinflação entre 1993 e 1994, a instituições financeiras deixaram de ter uma importante fonte de lucros, e como compensação foi editada a Lei n. 9249, de 26.12.1995, que isentou de tributação os lucros e dividendos (art. 10), e, em julho de 1996 “o governo estabeleceu o sistema de taxas elevadas de juros sobre a dívida pública, permitindo aos bancos se financiarem aplicando em títulos em vez de procurar fomentar a economia”¹²⁰ (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 222 e ss.), e foi proposta a PEC n. 53/1999, que virou a EC n. 43, de 29.05.2003, alterando o art. 192, da CF, para, na prática, liberar as taxas de juros conforme a vontade do “mercado”, avalizada pelo próprio Governo Federal e as políticas econômicas adotadas ao longo dos anos, muito embora o STF já tivesse esvaizado o sentido prático da regra constitucional, com o julgamento da ADI n. 4 (rel. min. Sidney Sanches, j. 07.03.1991; reforçada pela edição da Súmula n. 648, de 24.09.2003);
- a Resolução CMN n. 3792, de 24.09.2009 (art. 35, I, a) prevê que os fundos de renda fixa podem aplicar todos os seus recursos em títulos da dívida pública e nada de fomento à economia real¹²¹ (regra repetida no art. 27, I, da Resolução CMN n. 4661, de 25.05.2018);¹²²

1288/1996, 1327/1996, 1369/1996, 1412/1996, 1460/1996, 1507, 1507-9 a 1507-26, e 1604-27 a 1605-38 – e convertida na Lei n. 9710, de 19.11.1998.

119. V. Eduardo Lundberg, *Saneamento do sistema financeiro – a experiência brasileira dos últimos 25 anos*, disponível em <https://www.bcb.gov.br/ftp/saneamento.pdf>; <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/03/29/O-que-foi-o-Proer-caso-dos-anos-90-ago-ra-desarquivado-pelo-Supremo>. Sobre o socorro financeiro nos EUA: https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/09/13/Dez-anos-da-crise-de-2008-colapso-consequ%C3%A4ncias-e-li%C3%A7%C3%B5es?utm_campaign=anexo&utm_source=anexo.

120. <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>. Essa política só faz os ricos ficarem mais ricos; ao invés de pagarem mais impostos é o governo que lhes paga elevadas taxas de juros ao tomar dinheiro emprestado através da emissão de títulos da dívida pública – há transferência de recursos públicos para bolsos privados (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 140-142). Marx já criticava a geração de capital improdutivo através do endividamento público: *O capital*, Livro 1, 2017, p. 824-825 (ed. original: *Das Kapital*, 1867).

121. https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/download-Normativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47507/Res_3792_v8_P.pdf.

122. <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/download-Normativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50598/>

- a EC n. 55/2016 limitou os gastos com investimentos públicos, mas não com juros de dívida – R\$500 bilhões (8% do PIB) são direcionados a pagamento de juros de dívida pública (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 211), enquanto que os valores pagos a título de juros correspondem a aproximadamente R\$1 trilhão (16% do PIB), cf. dados de 2017 (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 210) –, mantendo a sangria do dinheiro arrecadado com impostos e travando o investimento em políticas públicas (um dos quatro motores da economia, ao lado das exportações, gastos das famílias e iniciativas empresariais)¹²³ – enquanto programas de redistribuição de renda têm efeito positivo no PIB, os juros sobre a dívida têm efeito de redução do PIB (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 209);
- a recente MPv n. 905, de 11.11.2019, que introduziu alteração no art. 224, *caput*, da CLT, prevendo a possibilidade de majoração da jornada normal de trabalho do bancário comum através de “acordo” individual.

O aumento de renda na mão dos mais ricos não se transforma em consumo, mas é aplicada em produtos financeiros diversos e, a partir de certo ponto, se transforma em capital político (cf. Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 139), gerando um ciclo vicioso em que a concentração de riqueza leva à concentração de poder, que se traduz em legislações que aumentam a concentração de poder.¹²⁴

O sistema financeiro deve servir à economia, e não dela se servir apenas (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 156).¹²⁵

[Res 4661_v2_P.pdf](#)

123. As exportações correspondem a apenas 10% do PIB, demonstrando o quanto a economia brasileira é vinculada ao mercado interno, de modo que as demandas das famílias constituem o principal motor de nossa economia, mas está travado pela baixa renda e alto endividamento; também as iniciativas empresariais (produção e investimento) estão travadas pela fragilidade da demanda, juros elevados, e alternativa de ganhar dinheiro sem risco, aplicando na dívida pública em vez de investir (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 188-201 e 241).

124. “So fiscal policy like tax policy, deregulation, rules of corporate governance and a whole variety of measures, political measures designed to increase the concentration of wealth and power which in turn yields more political power to do the same thing” (“Então políticas fiscais como política tributária, desregulamentação, regras de governança corporativa e toda uma variedade de medidas, medidas políticas feitas para aumentar a concentração de riqueza e poder, que por sua vez produzem mais poder político para fazer a mesma coisa.”) Noam Chomsky, *in Requiem for the american dream*, documentário, 2015. Este processo também descrito no cap. IV de *Wealth of nations* de Adam Smith.

125. “[...] os bancos precisam voltar a fazer a lição de casa, ou seja, identificar projetos e oportunidades de investimento produtivo, e fo-

Ademais, temos o exemplo islandês, onde não houve socorro aos bancos na crise de 2008 que resultou na quebra dos três principais do país (Kaupthing, Glitnir, e Landsbankinn): alguns banqueiros foram processados criminalmente,¹²⁶ e após crescimento do PIB de 9,364% em 2007 (PIB de \$12,824 bilhões), um ano de desaquecimento em 2008 (crescimento de 1,992%, PIB de \$13,75 bilhões), chegou a haver retração de 6,777% em 2009 (PIB de 13,347 bilhões) e de 3,436% em 2010 (PIB de \$12,587 bilhões), logo se recuperou mantendo índices positivos desde 2011, ultrapassando o valor do PIB pré-crise em 2013, com pico de crescimento de 7,351% em 2016, mantendo-se pouco acima de 4,6% nos últimos dois anos, atingindo o montante de \$20,264 bilhões em 2018, com taxa de desemprego atual de 2,7%, PIB *per capita* de \$57.453, e o coeficiente de Gini mostrando sensível melhora: no período pré-crise era de 0,318 (2008), chegou a atingir os melhores índices em 2010 (0,262) e 2013 (0,254), e na última medição (2014) estava em (0,278) – o cenário pós-crise bancária resultou, em poucos anos, no aumento do PIB e melhoria da distribuição das riquezas produzidas no país.¹²⁷

É fácil, concluir, portanto, inexistir correlação de necessidade entre a saúde do sistema financeiro com o desenvolvimento da economia nacional e bem-estar da população em geral, e muito menos aceitar o cenário de fim-do-mundo em caso de redução dos lucros do setor bancário.

Outrossim, a própria *importância sistêmica* do setor financeiro justifica (destaca já no início do parecer, p. 5), sob a perspectiva da função social da empresa, a relevância da implementação das políticas de responsabilidade socioambiental no cenário nacional.

Com empresas mais responsáveis aumentará a qualidade de vida, a produtividade, e, portanto, a economia em geral e a arrecadação tributária em especial.

4.3. Conclusões

Argumentos na linha de que “empresas grandes serão mais penalizadas porque terão números mais elevados de adoecimento ocupacional” ou de que “há muitas ações trabalhistas no Brasil, o que afetaria muitos contratos” apontam precisamente alguns dos problemas que a regulamentação tem em mira. Através de um sistema de estímulos e desestímulos o objetivo é aumentar a observância das regras vigentes, mudando a cultura enraizada em parte significativa do empresariado nacional, bastante renitente e criativo quando o assunto é cumprimento da lei – acham que vale a pena descumprir a lei, preferindo aumentar a margem de lucro do que gastar com a implementação de políticas obrigatórias ou recolhimento de tributos¹²⁸ –, e que quando se vê obrigado a

mentar a economia” (Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 214).

126. <https://www.bbc.com/news/business-35485876>; <https://www.sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=6795>.

127. <https://data.oecd.org/iceland.htm>; <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=IS>; <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.PP.CD?locations=IS>.

128. “O imposto não é um custo para os acionistas, a ser minimizado,

cumprir a lei ataca as instituições, sem pudor algum de, p.ex., clamar pelo fechamento de tribunais.

Afinal, a quem interessa que empresas que reiteradamente descumprem as leis permaneçam em atividade? O vácuo criado pelo eventualmente fechamento de alguma empresa que se recuse a se enquadrar nos padrões legais há de ser preenchido por outra empresa, pois a quebra ou encerramento de uma empresa pode afetar momentaneamente a oferta mas não a demanda, de modo que pode haver um desequilíbrio temporário de preços até que se estabeleça novo equilíbrio.

O PRSA deve especificar a quantidade de pessoas e carga de trabalho envolvidos na análise, ainda que de modo temporário ou eventual, bem como capacitação e treinamento com periodicidade mínima fixa (art. 43, §2º, da Resolução CMN n. 4557).

Deve haver previsão de exigência de apresentação de EIA/RIMA, sem prejuízo da licença ambiental, nos termos da legislação especial.

Nos casos de enquadramento de atividade no NTEP (art. 337, §3º, do Decreto n. 3048, de 06.05.1999) devem ser exigidas garantia diferenciadas volvidas à neutralização dos riscos e redução de casos de doenças e acidentes de trabalho – ainda que se foque exclusivamente sob o aspecto econômico, tal medida levará à redução de pagamento de indenizações pelo tomador de crédito e, portanto, reduzirá o risco de inadimplemento.

A alimentação de banco de dados deverá incluir ao menos decisões judiciais e administrativas irrecorríveis, e não apenas listas administrativas, de modo a “prevenir ou reparar o fornecimento de crédito a empreendimentos envolvidos com a exploração de trabalho escravo, trabalho infantil ou sérias violações a normas de saúde e segurança (com exposição de trabalhadores ao risco de morte e acidentes”, destacando-se que não só a grande exposição a riscos é relevante, mas qualquer exposição (cf. Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 23ª ed., 2015, p. 390).

A elaboração do PRSA deve envolver a participação das partes interessadas (“os clientes e usuários dos produtos e serviços oferecidos pela instituição, a comunidade interna à sua organização e as demais pessoas que, conforme avaliação da instituição, sejam impactadas por suas atividades” (art. 2º, §1º).

A análise deve necessariamente conter todos os aspectos do risco socioambiental, tal como definido acima, bem como abranger todos os clientes, contratados, e a própria empresa, levando-se em conta na análise do risco inclusive se os administradores exercem ou já exerceram tal função em outra empresa enquadrada em alguma situação de risco, exigindo-se garantias adicionais nesses casos.

mas uma distribuição para os agentes econômicos (stakeholders) da empresa: um retorno sobre os investimentos que as sociedades e os seus governos fizeram em infraestruturas, educação, segurança e outros requisitos básicos de toda atividade corporativa” (Nicholas Shaxson, *Treasure islands: tax havens and the men who stole the world*, p. 228 *apud* Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo*, 2018, p. 86-87).

Não está dentro da discricção do banco aplicar ou não a sanção. Não se trata de faculdade mas obrigação.

A simples negativa de crédito ou relacionamento, contudo, nem sempre será a única e nem a melhor solução. O crédito inacessível é um dos principais entraves da economia¹²⁹ e fechar esta porta a uma empresa que apresente risco socioambiental pode significar a inviabilização da eliminação do risco. O foco da atuação deve ser não punir a empresa, mas sim a eliminação do risco socioambiental.

As consequências da identificação de um risco socioambiental podem ser variadas, a depender do tipo e grau de risco – levando-se em conta características tais como reversibilidade do dano, quantidade de pessoas expostas, possibilidade de previsão e controle do dano e de seus efeitos, etc. –, como, p.ex., exigência de garantias adicionais, estabelecimento de cronograma para a eliminação de situação de risco ou de neutralização de agentes danosos à saúde dos trabalhadores, e também a própria negativa de crédito, ou ainda vencimento antecipado da obrigação, impedimento de concessão de novos créditos, encerramento de relacionamento com o cliente, sem prejuízo de outras.

Não há infrações “leves” no âmbito da responsabilidade socioambiental, e afirmar o contrário seria contemporizar com a violação de direitos humanos. O que se deve analisar é a adequação da sanção proposta ao resguardo do direito protegido.

Mas a sanção não pode ser eterna. Por analogia, devem ser desconsiderados os fatos desabonadores após dois anos (cf. art. 94, do CP), contando-se como marco inicial do prazo o cumprimento da decisão (judicial ou administrativa) condenatória, ou o trânsito em julgado se meramente declaratória. Em tratando-se de situação não levada a juízo, não poderá ser considerada uma vez decorridos dois anos do fato.

O banco deverá reelaborar sua PRSA detalhando procedimentos e consequências, inclusive em relação àqueles itens que, segundo os depoimentos colhidos, na prática haja atendimento satisfatório da norma, tais como a utilização de condenação por trabalho escravo como critério impeditivo para a concessão de crédito.

Futuras revisões deverão assegurar a adequada participação de entidades que representem usuários e consumidores em geral, e empregados (inclusive terceirizados).

Rejeito o pedido formulado na alínea g da inicial, porque não se verificou a existência de propaganda enganosa.

5. A NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA (tutela provisória)

Verificada a renitência do banco réu em efetivar sua obrigação legal, sopesados ainda a relevância da questão, inclusive no que se refere à adoção de medidas que potencialmente podem prevenir a ocorrência de acidentes e adoecimentos relacionados ao trabalho, e que o valor vida é preponderante no sistema jurídico nacional, determino, nos termos do art. 300,

129. Uma das principais causas da atual crise econômica foi a negativa de créditos para a empreiteiras envolvidas na operação Lava Jato, enquanto os administradores receberam penas irrisórias, se tanto.

do CPC, que o banco réu providencie, independente do trânsito em julgado, a reelaboração de seu PRSA no que pertine aos aspectos trabalhistas observados os parâmetros fixados nesta sentença bem como aqueles abaixo expostos.

6. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Correção monetária (arts. 459, da CLT, c.c. 395, do CC) – na forma da Súmula n. 381, do TST – pelo IPCA-E (a partir de 11.11.2019, nos termos do art. 879, §7º, da CLT, afastando-se a TR prevista no mesmo dispositivo legal em caso de repristinação, visto não representar índice de atualização monetária, nos precisos termos do art. 1º, *caput*, da MPv n. 294, de 31.01.1991, convertida na Lei n. 8177, de 01.03.1991).¹³⁰ A partir da data desta sentença o montante devido deverá ser consolidado e receber atualização de modo uniforme, cf. art. 879, §7º, parte final, da CLT.

Juros legais de mora (art. 394 e 397, *caput*, do CC, art. 882, da CLT, e Súmula n. 200, do TST) desde o vencimento de cada obrigação (art. 39, *caput*, da Lei n. 8177, de 01.03.1991)¹³¹ – a utilização pela lei do termo *juros de mora* e as referências à TR na redação original e ao “índice aplicado à caderneta de poupança” (art. 12, I e II, da Lei n. 8177, de 01.03.1991) na redação reformada são inequívocas, tratando-se claramente de *remuneração do capital e não atualização monetária*. A partir da data do ajuizamento da presente ação deverá ser acresci-

130. Se a TR é calculada a partir da “remuneração” de impostos e depósitos financeiros, é evidentemente *juros*, pois se trata de remuneração do capital e não atualização do valor nominal de um bem. Neste sentido, afastando a aplicação da TR como índice de correção monetária: STF, 2ª Turma, Rcl n. 22012, rel. para o acórdão min. Ricardo Lewandowski, j. 05.12.2017; STF, Pleno, ADI n. 4357, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, j. 14.03.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1270439, rel. min. Castro Meira, j. 26.03.2013; art. 27, da Lei n. 12.919, de 24.12.2013; TST, Pleno, ArgInc n. 0000479-60.2011.5.04.0231, rel. min. Claudio Mascarenhas Brandão, j. 04.08.2015 e 20.03.2017; TRT02 TP 0000399-91.2016.5.02.0000, rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro, j. 06.03.2017.

131. Na medida em que “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento (...) no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 397, *caput*, do CC/2002), as regras previstas tanto no art. 883, da CLT, quanto no art. 240, *caput*, do CPC/2015 (este ressaltando expressamente as regras dos arts. 397 e 398, do CC/2002, evoluindo em relação à redação do art. 219, *caput*, do CPC/1973), somente têm incidência quando se tratar de obrigação sem termo certo (art. 397, §ú, do CC/2002 - i.e., *mora ex persona*, cuja exigibilidade se fixa apenas com a interpelação do devedor). Interpretação diversa implicaria em estimular o inadimplemento das obrigações contratuais, o que jamais pode ser considerado o escopo da legislação, em especial a trabalhista. Os juros de mora devem ser apurados, portanto, desde a data do inadimplemento de cada obrigação. “Os juros de mora, que fluem dede a citação inicial, são os juros das obrigações em que ainda não estava em mora o obrigado” (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, t. 3, p. 229); nas obrigações com vencimento certo este é o termo inicial dos juros de mora, pois o devedor está em mora desde o momento em que deveria ter pago a dívida e não o fez. A constituição em mora só é efeito da citação válida (ou só com o defeito da incompetência do juízo) nas obrigações em que é preciso a interpelação (art. 397, do CC/2002).

da a taxa prevista no §1º do referido artigo, e no art. 883, da CLT, incidindo a soma delas sobre a mesma base de cálculo. Contar-se-á como termo final o efetivo *pagamento* (cf. art. 401, I, do CC, e art. 39, da Lei n. 8177, de 01.03.1991), hipótese a que não se equipara o depósito para fins de interposição de recurso ou garantia do juízo.

Havendo alteração dos parâmetros legais, deverá ser observada a vigência de cada lei ao longo do tempo (cf. art. 5º, XXXVI, da CF).

Posto isso, julgo **procedente** a ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de Banco Safra S/A, fixando, na forma os arts. 509, I, do CPC, e 879 da CLT, prazo para que o banco réu reelabore os aspectos trabalhistas de sua *Política de Responsabilidade Socioambiental*, observados os termos da fundamentação, até o dia 10.02.2020, independente do trânsito em julgado, devendo apresentar o novo documento ao MPT para que este dê seu aval. Havendo impasse insuperável as partes deverão apresentar suas razões a este juízo para decisão fixando o texto que deverá ser observado. Após a ciência da concordância formal do MPT ou da decisão deste juízo em substituição, o banco deverá implementar a nova política em até dois meses, sem prejuízo de eventuais incrementos posteriores. O não cumprimento dos prazos fixados resultará na incidência de multa diária no valor de R\$500.000,00 – valor mais adequado aos fins propostos do que os R\$100,00 temerariamente sugeridos em defesa (p. 114), não sendo demais lembrar que os arts. 412 e 413, do CC, têm aplicação restrita à cláusula penal contratual e não às astreintes – em favor das seguintes entidades assistenciais, em partes iguais: Transitória Casa do Caminho, Rua Vicente Ádamo Zara, 230 – Diadema/SP, CNPJ n. 55.050.090.0001-17; CAMI – Centro de Apoio e Pastoral do Migrante, Rua Guaporé, n. 353, São Paulo/SP, CNPJ n. 19.122.009/0001-01. Intimem-se-as oportunamente.

Requerida a execução, observem-se os termos dos arts. 879 e 880, da CLT.

Custas a cargo da ré, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 1.000.000,00, no importe de R\$ 20.000,00 (art. 789, *caput*, da CLT).

Publique-se. Registre-se. Cientes as partes (Súmula n. 197, do TST).

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz do Trabalho Substituto

Processo n. 1001191-76.2019.5.02.0047

Rito ordinário

Autor: ERIK RICARDO FLORIANO

Réu : NESTLE BRASIL LTDA

Designado julgamento deste processo para o dia 24 de janeiro de 2020, foi proferida a seguinte sentença pelo Juiz do Trabalho Substituto Marcelo Azevedo Chamone.

O autor postula os títulos elencados na inicial (id 34c011e) e aditamento (id 0fcbc0), atribuindo à causa o valor de R\$ 510.619,17. Rejeitada a conciliação inicial, a reclamada apresentou contestação, arguindo preliminar de inépcia da inicial, e no mérito, a improcedência da ação. Colhidos depoimentos das partes e de 2 testemunhas (id 44a7a3f). Razões finais apresentadas. Conciliação final rejeitada. Relatados, decido.

1. INÉPCIA DA INICIAL

Deixo de pronunciar a inépcia da petição inicial por considerar suficiente a narração dos fatos de que resulta o litígio, na forma do art. 840, da CLT, que difere do art. 319, do CPC/2015, quanto aos rigores de pedidos e causas de pedir, não se detectando, outrossim, prejuízo à parte contrária (cf. arts. 282, §1º, do CPC/2015, e 794, da CLT).

2. PRESCRIÇÃO

Considerando que esta demanda foi ajuizada em 02.09.2019, e que a relação contratual perdurou de 09.04.2002 a 02.05.2019, nos termos do artigo 7º, XXIX, da CF, decreto a prescrição das pretensões condenatórias vencidas antes de 02.09.2014.

Na apuração das verbas devidas as partes deverão se atentar que prescrevem *pretensões* e não *tempo*, devendo ser incluídas nos cálculos todas as parcelas vencidas no período imprescrito, ainda que o fato gerador tenha ocorrido fora do marco prescricional.

3. PRAZO PARA COBRANÇA DE FGTS

Na medida em que a relação entre o FGTS e parcelas salariais não é de acessoriedade (como revelam as hipóteses em que há recolhimento mesmo sem salário: Lei n. 8036/1990, art. 15, §5º), mas sim de base de cálculo (nesse sentido: Carrion, *Comentários*, 2008, p. 82; Castilho Pereira, *Prescrição nas relações de trabalho*, p. 75-83), deverá ser observada a prescrição trintenária (Lei n. 8036/1990, art. 23, §5º), inclusive quanto aos recolhimentos devidos sobre as parcelas deferidas em juízo.

Não obstante o quanto decidido no RE n. 522897 (afirmando a aplicação do art. 7º, XXIX, da CF, em sua integralidade), o estabelecimento de lapso prescricional mais longo em favor do trabalhador em norma infraconstitucional não implica em malferimento ao citado dispositivo constitucional, na medida em que este se limita a estabelecer um piso de direitos (cf. *caput*, art. 7º, da CF).

Outrossim, se a PFN e a CEF (Lei n. 8844/1994, art. 2º) não se sujeitam ao prazo bienal quando promovem a cobrança na Justiça Federal (STJ, Súmula n. 349), não se

justifica a imposição desta restrição ao trabalhador, não havendo que se falar em diferença de prazos em razão do autor (cf. Castilho Pereira, *Prescrição nas relações de trabalho*, p. 82).

Destarte, não há prescrição a ser declarada.

4. ISONOMIA SALARIAL

O reclamante requer o pagamento de diferenças salariais em razão da equiparação salarial, sob o argumento de que exercia as mesmas funções do paradigma Henrique Barbosa dos Santos Silva.

O reclamante, por meio da prova oral, se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015), qual seja, de que exercia funções idênticas às do paradigma. A reclamada, por seu turno, não comprovou o fato impeditivo do direito do reclamante (arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC/2015), pois não demonstrado haver diferença qualitativa ou quantitativa no exercício das funções.

O atendimento a clientes diferentes tampouco justifica diferenças salariais.

A definição da identidade de funções é econômica: somente a diferença de quantidade ou qualidade do trabalho produzido é que justifica o pagamento diferenciado para o mesmo trabalho – assim considerado o núcleo essencial e desconsiderados os aspectos meramente “cosméticos”, tais como denominação dos cargos –, pouco importando a qualificação acadêmica ou profissional do trabalhador.

Portanto, constatada a violação ao princípio de que deve ser assegurado um “salário equitativo e igual por trabalho de igual valor” (“equal work, equal pay”), estampado no art. 7, a, i, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591, de 06.07.1992), e no próprio art. 461, da CLT, reconheço a equiparação salarial com Henrique Barbosa dos Santos Silva e condeno ao pagamento de diferenças salariais mês a mês com o valor recebido como salário base pelo paradigma referente a todo contrato de trabalho e reflexos em horas extras, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso prévio indenizado, depósitos do FGTS e respectiva indenização de 40%, conforme valores a serem apurados em liquidação. Indevida a integração no DSR (cf. art. 7º, §2º, da Lei n. 605, de 05.01.1949).

Transitada em julgado a presente decisão, deverá a reclamada retificar a CTPS do reclamante quanto ao salário reconhecido na presente decisão judicial, em 10 dias após a intimação da entrega da CTPS. Caso não cumprida a obrigação, a Secretaria da Vara deverá fazê-lo, nos termos do art. 39, § 1º, da CLT.

5. DSR - DIFERENÇAS

Requer o autor o pagamento de DSR sobre as comissões denominadas “Preser/Plano Estímulo”. Ainda que se tivesse verificado o caráter salarial de tais verbas, são indevidos reflexos em DSR, uma vez que a base de cálculo consiste na remuneração percebida mês a mês pelo autor, a qual já remunera os trinta dias do mês.

Improcede.

6. JORNADA DE TRABALHO

O pleito formulado na inicial, direcionado ao pagamento de diferenças de horas extras e adicional noturno, aponta a seguinte jornada de trabalho:

- segunda a sexta, das 8h às 20h, com intervalo para descanso e refeição de 30’;
- sábados, das 8h às 14h sem intervalo;
- em épocas de Páscoa (de 25.02 a 12.04 de cada ano), bem como nos meses de novembro e dezembro (de 15.11 até 23.12), o reclamante trabalhava de segunda a domingo, das 7h às 23h, com 1 h de intervalo para refeição e descanso;
- desrespeito ao intervalo entre jornadas no período de Páscoa e Natal.
- A defesa refuta as jornadas declinadas na exordial, afirmando inexistir horas extras laboradas sem compensação ou pagamento.

Aduz, ainda, a incidência do art. 62, I, da CLT, que dispensa o controle de jornada daqueles que exercem trabalhos externos. Porém, porque a regra exceptiva somente encontra campo de incidência quando a atividade externa for “incompatível com a fixação de horário de trabalho”, o que, no caso, rigorosamente, não se verifica.

A exceção legal prevista no art. 62, I, da CLT, refere-se apenas às atividades **incompatíveis** com o controle de jornada, i.e., em que é **inviável** o exercício do controle (nem mesmo por meios telemáticos, como telefone celular, p.ex.), e não quando o empregador, por sua comodidade, opta em não fazê-lo, como no caso em tela.

A análise do conjunto probatório demonstra que era plenamente possível o controle de horário através do aplicativo utilizado diariamente e que, por haver folga compensatória, de acordo com o preposto da ré, o controle era efetivamente realizado.

Assim, ao deixar de trazer aos autos os controles de jornada, a empregadora atraiu para si o ônus de provar suas alegações (Súmula n. 338, I, do TST), encargo do qual não se desvencilhou, razão pela qual prevalecem, portanto, aqueles declinados na exordial. Anote-se que a sua própria testemunha não soube declinar a jornada de trabalho do autor.

Procedente, portanto, a pretensão.

A não concessão, total ou parcial, do intervalo intrajornada, implica o pagamento do período suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, possuindo natureza indenizatória (art. 71, §4º, da CLT).

Nos precisos termos do OJ n. 355, da SDI-1, do TST, (Intervalo interjornadas. Inobservância. Horas extras. Período pago como sobrejornada. Art. 66 da CLT. Aplicação analógica do §4º do art. 71 da CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os

mesmos efeitos previstos no §4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional), as horas suprimidas do intervalo entre jornadas devem ser remuneradas como extra.

A apuração do montante devido observará: a) o excedente da oitava diária e 44ª semanal, 30’ por dia trabalhado pela concessão irregular do intervalo intrajornada (nos dias em que usufruiu apenas 30’) e horas suprimidas do intervalo entre jornadas; b) globalidade salarial na base de cálculo (Súmulas ns. 60, I e 264,¹ do TST); c) divisor 220; d) adicional de 50% para as horas extras, e de 100% pelo labor em folgas sem compensação, ou o adicional superior, na vigência da norma coletiva já juntada aos autos; e) adicional noturno de 20% para as horas trabalhadas após às 22h, inclusive prorrogações, ou o adicional superior, na vigência da norma coletiva já juntada aos autos (Súmula n. 60, II, do TST); f) hora noturna reduzida das 22h às 05h; g) reflexos em férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado, 13º salário, FGTS e indenização de 40%, e aviso prévio indenizado (Súmula n. 347, do TST), exceto quanto ao tempo suprimido do intervalo intrajornada (art. 71, §4º, da CLT); h) evolução salarial do trabalhador; i) dias efetivamente trabalhados, excluindo-se os afastamentos como férias, licenças e faltas.

Por se tratar de verba de caráter salarial, cabem reflexos do DSR ora deferido em 13º salário, férias acrescidas de um 1/3, FGTS acrescido da indenização de 40%, e aviso prévio indenizado (cf. Homero Batista da Silva, *Curso de direito do trabalho aplicado*, v. 2, 2009, p. 136) – rejeita-se a aplicação da OJ n. 394, da SDI-1, do TST.

7. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Defiro a assistência judiciária a que se referem os arts. 14 e ss., da Lei n. 5584, de 26.06.1970, porque atendidas as exigências legais, conforme art. 790, §4º, da CLT, e art. 99, do CPC/2015.

8. RECOLHIMENTOS FISCAIS E OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

A ré, na qualidade de responsável tributária, deverá providenciar os recolhimentos dos montantes devidos a título de imposto de renda e contribuições previdenciárias – incidentes sobre salários, horas extras, DSR, 13º salário (art. 28, da Lei n. 8212, de 24.07.1991) –, comprovando em trinta dias do pagamento do principal, observados os arts. 43, §3º, da Lei n. 8212, e 6º, II, da Lei n. 8383, de 30.12.1991, sob pena de

1. Pagamentos de prêmios. Natureza da parcela. Condicionalidade e eventualidade. Irrelevância. Ao trabalhador, paga o patrão apenas um de dois títulos: salário ou indenização. São indenizatórias as compensações do trabalhador com gastos no trabalho (diárias de viagem, reembolso de despesas) ou de direito sonogado (férias indenizadas, por exemplo), constituindo-se, o mais, em salário. A condição de atingimento de metas (prêmios ou que tais) não mitiga esta premissa. Não é a frequência do pagamento (eventualidade) que estabelece o dever de integração, mas sua natureza remuneratória. Recurso a que se dá provimento. TRT02, 14ª Turma, RO n. 01116.2007.042.02.00.1, rel. Marcos Neves Fava, j. 08.09.2011.

execução nos próprios autos (art. 114, VIII, da CF), juntamente com a de que retificou as informações junto ao órgão previdenciário (Decreto n. 3048, de 06.05.1999), sob pena de multa diária de R\$ 500,00.

Para a apuração do montante devido deverá ser observado o regime de competência (Súmula n. 368, II e III, do TST), nos termos da legislação tributária de regência à época do pagamento (cf. arts. 8º, *caput*, da Lei n. 7713, de 22.12.1988, e 195, I, a, da CF), e exclusão dos juros da base de cálculo, em face de seu caráter indenizatório (OJ n. 400, da SDI-1, do TST). Multas e juros moratórios, a cargo da ré, na forma dos arts. 43, §§2º e 3º, da Lei n. 8212, e 59 e 61, da Lei n. 8383.

Por se tratar de verbas reconhecidas apenas em juízo, não é o caso de incidência da regra prevista no art. 33, §5º, parte final, da Lei n. 8212, de modo que o reclamante não se exime de suas obrigações para com o fisco e a previdência, observado o limite de sua responsabilidade (cf. OJ n. 363, da SDI-1, do TST).

Não há que se falar em prescrição para o órgão previdenciário, nos termos do art. 150, §4º, parte final, da Lei n. 5172, de 25.10.1966.

O preenchimento dos requisitos legais para incidência de regra de isenção fiscal deverá ser demonstrado em execução.

9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Honorários de sucumbência fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação em favor dos patronos do autor que atuaram neste processo (em solidariedade ativa), e em 15% sobre o valor atualizado atribuído aos pedidos julgados improcedentes em favor dos patronos da reclamada que atuaram neste processo (em solidariedade ativa), cf. art. 791-A, *caput*, da CLT, observados os critérios do §2º.

Os honorários devidos pelo autor deverão ser debitados de seu crédito apurado em liquidação (§4º). Não havendo créditos suficientes a saldar o valor dos honorários, tratando-se de beneficiário da assistência judiciária, a execução fica condicionada à demonstração de que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade” dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado, findos os quais a obrigação estará extinta.

10. PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Requerida a execução, observem-se os termos dos arts. 879 e 880, da CLT, devendo o valor apurado ficar limitado ao montante indicado como principal na petição inicial para cada um dos pedidos deferidos (cf. arts. 840, §1º e 852B, I, da CLT, e 141 e 492, do CPC).

Correção monetária (arts. 459, da CLT, c.c. 395, do CC) – na forma da Súmula n. 381, do TST – pelo IPCA-E (a partir de 11.11.2019, nos termos do art. 879, §7º, da CLT, e no período anterior afastando-se a TR prevista no mesmo dispositivo legal, visto não representar índice de atualização monetária, nos precisos termos do art. 1º, *caput*, da MPv n. 294, de 31.01.1991, convertida na Lei n. 8177, de 01.03.1991).² A partir

2. Se a TR é calculada a partir da “remuneração” de impostos e depó-

da data desta sentença o montante devido deverá ser consolidado e receber atualização de modo uniforme, cf. art. 879, §7º, parte final, da CLT.

Juros legais de mora (art. 394 e 397, *caput*, do CC, art. 882, da CLT, e Súmula n. 200, do TST) desde o vencimento de cada obrigação (art. 39, *caput*, da Lei n. 8177, de 01.03.1991)³ – a utilização pela lei do termo *juros de mora* e as referências à TR na redação original e ao “índice aplicado à caderneta de poupança” (art. 12, I e II, da Lei n. 8177, de 01.03.1991) na redação reformada são inequívocas, tratando-se claramente de *remuneração* do capital e não *atualização monetária*. A partir da data do ajuizamento da presente ação deverá ser acrescida a taxa prevista no §1º do referido artigo, e no art. 883, da CLT, incidindo a soma delas sobre a mesma base de cálculo. Contar-se-á como termo final o efetivo *pagamento* (cf. art. 401, I, do CC, e art. 39, da Lei n. 8177, de 01.03.1991), hipótese a que não se equipara o depósito para fins de interposição de recurso ou garantia do juízo.

Havendo alteração dos parâmetros legais, deverá ser observada a vigência de cada lei ao longo do tempo (cf. art. 5º, XXXVI, da CF).

Em relação ao FGTS deverão ser observados os parâmetros fixados na Lei n. 8036 em relação a juros, correção monetária, e multa moratória.

Atualização monetária e juros de mora dos honorários arbitrados desde a data de prolação desta sentença.

sitos financeiros, é evidentemente *juros*, pois se trata de remuneração do capital e não atualização do valor nominal de um bem. Neste sentido, afastando a aplicação da TR como índice de correção monetária: STF, 2ª Turma, Rcl n. 22012, rel. para o acórdão min. Ricardo Lewandowski, j. 05.12.2017; STF, Pleno, ADI n. 4357, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, j. 14.03.2013; STJ, 1ª Seção, REsp n. 1270439, rel. min. Castro Meira, j. 26.03.2013; art. 27, da Lei n. 12.919, de 24.12.2013; TST, Pleno, ArgInc n. 0000479-60.2011.5.04.0231, rel. min. Claudios Mascarenhas Brandão, j. 04.08.2015 e 20.03.2017; TRT02 TP 0000399-91.2016.5.02.0000, rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro, j. 06.03.2017.

3. Na medida em que “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento (...) no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 397, *caput*, do CC/2002), as regras previstas tanto no art. 883, da CLT, quanto no art. 240, *caput*, do CPC/2015 (este ressaltando expressamente as regras dos arts. 397 e 398, do CC/2002, evoluindo em relação à redação do art. 219, *caput*, do CPC/1973), somente têm incidência quando se tratar de obrigação sem termo certo (art. 397, §ú, do CC/2002 - i.e., *mora ex persona*, cuja exigibilidade se fixa apenas com a interpelação do devedor). Interpretação diversa implicaria em estimular o inadimplemento das obrigações contratuais, o que jamais pode ser considerado o escopo da legislação, em especial a trabalhista. Os juros de mora devem ser apurados, portanto, desde a data do inadimplemento de cada obrigação. “Os juros de mora, que fluem desde a citação inicial, são os juros das obrigações em que ainda não estava em mora o obrigado” (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, t. 3, p. 229); nas obrigações com vencimento certo este é o termo inicial dos juros de mora, pois o devedor está em mora desde o momento em que deveria ter pago a dívida e não o fez. A constituição em mora só é efeito da citação válida (ou só com o defeito da incompetência do juízo) nas obrigações em que é preciso a interpelação (art. 397, do CC/2002).

Autoriza-se a compensação de verbas pagas a igual título, já comprovadas nos autos, nos termos da regra contida na OJ n. 415, da SDI-1, do TST, cuja razão de decidir deve ser aplicada também para outras verbas e não apenas horas extras.

Posto isso, rejeitada a preliminar suscitada, julgo **procedente em parte** a ação ajuizada por ERIK RICARDO FLORIANO em face de NESTLE BRASIL LTDA, condenando a reclamada a pagar, em favor do autor, na forma da fundamentação, o quanto restar apurado em liquidação, observados os limites e parâmetros traçados na fundamentação e a prescrição decretada, a título de:

- diferenças salariais mês a mês com o valor recebido como salário base pelo paradigma referente a todo contrato de trabalho e reflexos em horas extras, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso prévio indenizado;
- horas extras com reflexos em férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado, 13º salário e aviso prévio;
- reflexos do DSR ora deferido em 13º salário, férias acrescidas de um 1/3 e aviso prévio.

Apresentada em Secretaria a CTPS do reclamante, a empresa deverá proceder à retificação da CTPS em dez dias da intimação; decorrido o prazo, deverá a d. Secretaria providenciar a anotação.

Deverá a empresa comprovar os recolhimentos ao FGTS, na conta vinculada do trabalhador, inclusive os incidentes sobre as parcelas de natureza salarial da presente condenação, indenização de 40% (art. 10, I, da ADCT, e art. 18, §1º, da Lei n. 8036, de 11.05.1990) e contribuição social de 10% (art. 1º, *caput*, da Lei complementar n. 110, de 29.06.2001), fornecer as guias para levantamento do FGTS (ressalvada a hipótese de opção pelo regime de *saque-aniversário*, introduzido pela MPv n. 889, de 24.07.2019), em cinco dias do trânsito em julgado, executando-se diretamente por quantias equivalentes caso verificada a inadimplência, observados os parâmetros da Lei n. 8036.

Assistência judiciária, honorários e recolhimentos fiscais na forma da fundamentação.

Custas a cargo da reclamada, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 100.000,00, no importe de R\$ 2.000,00 (art. 789, *caput*, da CLT).

Publique-se. Registre-se. Cientes as partes (Súmula n. 197, do TST).

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz do Trabalho Substituto

RELATÓRIO

ELIVELTON DOS SANTOS CARVALHO, qualificado na petição de ingresso, ajuizou a presente **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA** em face de **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.**, igualmente qualificada, constando da petição inicial os fatos e fundamentos jurídicos que, segundo o Autor, justificariam a condenação da Ré a cumprir os pedidos formulados de reconhecimento de vínculo empregatício e consequente pagamento das verbas trabalhistas, inclusive, horas extras, intervalo intrajornada, adicional noturno, indenização por danos materiais e indenização por danos morais.

A Reclamada se fez representar em Juízo e, após frustrada a primeira tentativa de conciliação, obteve a validação da sua defesa previamente inserta no PJ-E, contendo os motivos jurídicos e fáticos que demonstrariam a falta de razão do Acionante.

Na ocasião da assentada, ocorreram os interrogatórios de Reclamante e representante da Reclamada, bem como houve a eleição de prova testemunhal emprestada.

O feito ainda foi instruído com a apresentação de documentos, sobre os quais os litigantes tiveram oportunidades para se pronunciar.

Razões finais foram aduzidas pelas partes e, diante das tentativas de acordo não terem alcançado êxito, o processo foi encaminhado para julgamento.

FUNDAMENTOS

PRELIMINARES PROCESSUAIS

1. INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Sustenta a Acionada que pelo fato de nunca ter havido contrato de trabalho em sentido estrito entre os litigantes, seria esta Justiça incompetente em razão da matéria para apreciar a lide apresentada.

Sem razão.

Destaque-se, inicialmente, que a decisão proferida nos autos do conflito de competência nº 164.544-MG (2019/0079952-0) pelo c. STJ em nada altera a presente decisão exatamente porque ali há a ressalva de que “os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista”.

O Reclamante pretende o reconhecimento de vínculo empregatício com a Reclamada.

Em face da competência material da Justiça do Trabalho, fixada no artigo 114 da Lei Maior, o único Juízo devidamente competente para decidir, com força de coisa julgada material, acerca da existência ou não da relação de emprego entre as partes, verificando a presença dos elementos da prestação de serviços por pessoa física, com onerosidade, pessoalidade, habitualidade e sob subordinação ao tomador é justamente o Trabalhista, razão pela qual também no mérito a referida decisão não repercute.

Rejeita-se a prefacial agitada.

ANÁLISE DOS PEDIDOS

2. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA HAVIDA ENTRE AS PARTES

Disse o Autor que foi empregado da Ré no período de 24.11.2018 a 14.04.2019, que exercia a função de motorista, não teve o vínculo empregatício registrado na carteira profissional e que, como remuneração média até antes de sua injusta despedida deveria auferir a quantia mensal de R\$4.700,00.

Para tanto, aduziu que, “com a revolução 4.0 e a economia 24.7, existem atualmente um número significativo de usuários da Uber em todo mundo, em especial nos grandes centros, portanto seria notório que o motorista reclamante se enquadrasse como trabalhador, despendendo seu tempo e esforço para que a empresa reclamada obtivesse lucros da exploração da atividade econômica de transporte de uma plataforma digital que utiliza a tecnologia da informação, onde milhões de usuários consumidores utilizariam este serviço”.

Alega que se encontrariam presentes todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, razão pela qual pretende o reconhecimento de vínculo empregatício, ainda que sob a forma de trabalho intermitente (pedido subsidiário).

A defesa se pautou, basicamente, na tese da inexistência de contrato de trabalho *stricto sensu*, aduzindo que seria empresa que explora plataforma tecnológica, que permitiria a Usuários de aplicativos (“Usuário(s)”) solicitar, junto a motoristas independentes (“Motoristas Parceiros”), transporte individual privado.

Alega que detém o direito de uso da plataforma digital Uber (“Plataforma”) e não possui veículos em seus ativos destinados a prestar serviços de transporte e/ou logística. Ou seja, a Reclamada seria uma empresa de tecnologia utilizada pelos Motoristas Parceiros para a localização e captação de Usuários visando ao seu deslocamento.

Sustenta que foi o Reclamante quem teria contratado a Reclamada, a fim de, por meio da utilização da Plataforma Uber, prospectar clientes e desenvolver a atividade do Reclamante, que é a de transporte de pessoas e que seria o Reclamante quem pagaria à Reclamada pelo uso da plataforma.

Pois bem.

Inicialmente, faz-se necessária uma análise das provas produzidas a fim de delimitarmos as alegações de fato que serão analisadas:

E, consoante se extrai do depoimento de ambas as partes, bem assim da prova testemunhal emprestada (pelo Reclamante, testemunha Charles Soares Figueiredo, ID n. c35d364; pela Reclamada, testemunhas Pedro Pacce Prochno, ID. 7c37aef e Ana Carolina de Azevedo Carparelli, ID 9db6916.), conclui-se o seguinte a respeito da forma de execução das atividades de um motorista cadastrado:

Aquele que pretende se cadastrar como motorista deve submeter uma documentação à Reclamada, carteira de habilitação, documentos do veículo e certidão de antecedentes criminais, por meio do aplicativo ou site.

A Reclamada é quem decide se o candidato pode ou não

se vincular ao aplicativo, havendo a possibilidade, portanto, de ela vetar um candidato.

No caso do Reclamante, não houve entrevista ou treinamento, embora isso tenha ocorrido com a testemunha, Sr. Charles Soares Figueiredo, em depoimento prestado nos autos do processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112.

O Reclamante concordou com os Termos de Uso apresentados pela Reclamada.

Os custos do veículo e aparelho celular utilizado pelo Reclamante foram integralmente adimplidos por este.

Um mesmo veículo pode ser utilizado por vários motoristas, desde que todos eles sejam cadastrados no aplicativo e o pagamento é feito ao motorista principal. No caso do Reclamante, não houve cadastro de mais de um motorista para seu veículo.

As viagens são atribuídas ao Reclamante por meio do aplicativo, quando este efetua o login, inexistindo punição caso o Reclamante permaneça semanas ou meses sem logar. A testemunha, Sr. Charles Soares Figueiredo informou que chegou a receber e-mail, em data de que não se lembra, dizendo que se não fizesse pelo menos uma viagem no prazo de uma semana, seria excluído da plataforma, mas não houve exclusão. Já a testemunha indicada pela Reclamada, Sr. Pedro Pacce Prochno, ouvida no processo n. 1001906-63.2016.5.02.0067, esclareceu que para segurança da plataforma, se o motorista ficar inativo por longo período, não sabendo especificar quanto, há o descadastramento, mas o mesmo pode ser recadastrado imediatamente quando solicitado.

Não há, portanto, imposição direta de horários ou dias obrigatórios de realização das atividades, número mínimo de corridas, nem necessidade de informar à Ré quando ia ligar ou desligar o aplicativo.

Por outro lado, acaso efetue o login, existe um percentual de corridas que podem ser rejeitadas que, se ultrapassado, enseja o descadenciamento do motorista, o que ocorreu com o Reclamante.

Nem o motorista, nem o usuário podem se escolher mutuamente, ou manter contato por meio do aplicativo, depois de finalizada a corrida.

Os usuários que fazem uso do aplicativo vão em busca dos serviços da Reclamada, que também efetua o cadastro destes.

O percurso é sugerido pelo aplicativo, mas pode ser alterado pelo motorista, cabendo ao usuário a escolha a respeito do trajeto a ser seguido.

O valor da viagem é estipulado pela Reclamada, dela não participando o Reclamante ou o usuário do serviço. Diversamente do que constou da defesa, não há possibilidade de, por meio do aplicativo, o Reclamante conceder algum desconto ao usuário. Segundo a preposta, isso poderia ser feito apenas nas corridas pagas em dinheiro.

A Acionada pode oferecer descontos a usuários e esses descontos não são repassados ao Motorista, que recebe o mesmo valor pela viagem – item 4 – Pagamento, do Termos e Condições de ID n. 9d8bd98 – Pág. 9.

A Reclamada retém um percentual do valor cobrado da

corrida, que no caso do Reclamante era de 25% e, segundo o Sr. Pedro, a Reclamada tem acesso às viagens realizadas, com sua duração, para que seja realizado o pagamento ao motorista.

As avaliações dos motoristas são feitas pelos usuários, que também são avaliados por eles. Com base nessas avaliações, se for abaixo de 4.7 segundo a preposta, a Reclamada pode descadenciar um motorista.

Caso incorra em práticas que descumpram o Termo de Uso, o motorista é descadenciado.

A Reclamada possui orientações a respeito de como deve ser realizado o serviço, inclusive no que tange ao comportamento do motorista, tanto que envia mensagens e e-mails com “orientações para a melhoria do transporte prestado pelo Reclamante aos Usuários, baseado em dicas de “Motoristas 5 Estrelas”, bem avaliados, ou em melhores práticas para utilização da plataforma”, inclusive no que se refere à indicação de possuir água ou balas no carro ou de manter o ar condicionado ligado.

É possível a utilização, inclusive simultânea de outras plataformas, sendo que, no caso do Reclamante, este reconheceu prestar serviços por meio da 99 táxis, embora tenha alegado que não simultaneamente.

A Reclamada envia por meio do aplicativo informações sobre postos de gasolina com desconto.

Conforme depoimento dos Srs. Charles e Sr. Pedro, a Reclamada mandava gráficos mostrando onde haveriam shows, eventos com grande público e também indicação de promoção ou grandes eventos na cidade para que os motoristas ficassem sabendo onde haveria grande demanda e pudessem optar por cobri-los ou não.

Diante dos fatos ora delineados, há que se analisar, portanto, (i) se a Reclamada é mera intermediadora de serviços e, portanto, prestaria serviços de tecnologia apenas, ou se, (ii) como empresa prestadora de serviços, qual a relação jurídica havida entre Acionante e Acionada.

2.1. Atividades desenvolvidas pela Reclamada

Inicialmente, há que se enfrentar as alegações da Acionada de que seria uma empresa de tecnologia e não de transportes.

O contrato de transporte de passageiros se encontra previsto nos arts. 730 a 742 do Código Civil. Dispõe o art. 730 que: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

De outro lado, o conceito de fornecedor está estabelecido no art. 3º do CDC: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O mesmo Diploma Legal, no art. 3º, §2º, conceitua serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancá-

ria, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Consoante se extrai do próprio site da Ré (ID n. d429dfa e seguintes), a tecnologia desenvolvida na plataforma é direcionada única e exclusivamente a viagens.

Bancos também se utilizam cada vez mais da tecnologia, caixas eletrônicas, sites, aplicativos, nem por isso deixam de ser instituições financeiras.

Quando um usuário solicita uma viagem na plataforma da Reclamada é exatamente esse o objeto do contrato firmado. O usuário ajusta um serviço, uma atividade de transporte, e a Acionada fixa a remuneração deste serviço e cumpre essa obrigação por meio dos motoristas cadastrados em sua plataforma.

A empresa ré é gestora de aplicativo, credenciando motoristas para prestação de serviços de transporte a terceiros, por meio de plataforma que disponibiliza aos usuários, detendo, por disposição contratual firmada, a possibilidade de rescisão imediata do contrato nos casos de descumprimento de obrigações assumidas por seus condutores, dentre as quais o atendimento esmerado aos usuários dos serviços.

A plataforma, portanto, é apenas o meio de que se utiliza a Reclamada para organizar sua atividade de transporte de pessoas. O usuário que se cadastra na Reclamada espera que a Uber lhe entregue o serviço. Quando um motorista cancela uma viagem, é da Acionada que é questionada a cobrança de alguma taxa. Assim como é a Uber e não o motorista que fixa o valor do serviço.

Fosse a Ré mera intermediadora desses serviços, seria possível aos motoristas e aos usuários escolher com qual deles se quer firmar uma relação jurídica, conforme se verifica em sites de aluguel de temporada, ou de compra e venda, como o Mercado Livre. Nestes sim, as empresas apenas disponibilizam os meios para que fornecedor e consumidor ou contratantes entrem em contato e realizem seus negócios.

Não há intervenção direta, como se verifica na Acionada, que, inclusive, sugere padrão de atendimento, comportamento, dos motoristas.

Outrossim, conforme Termos e Condições, os descontos oferecidos pela Acionada aos usuários não são repassados no preço da viagem.

O reconhecimento da Reclamada da condição de fornecedora do serviço de transporte já vem ocorrendo inclusive no âmbito cível, consoante se extrai das seguintes ementas:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. UBER. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Trata-se de recurso inominado interposto pela UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. contra a sentença que a condenou a indenizar a autora, passageira, em R\$ 1.000,00 a título de danos morais. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva. A recorrente integra a cadeia de fornecimento de serviços (intermediação de serviços de

transporte), de modo que responde objetiva e solidária pelos danos causados ao consumidor (CDC, artigos 7º, parágrafo único, 14, caput e 25, § 1º). Preliminar rejeitada. 3. No caso em análise, restou incontroversa a relação contratual existente entre as partes. Consta dos autos que a parte autora tinha como destino final o Setor Habitacional Vicente Pires e que o motorista interrompeu a prestação dos serviços no meio da via EPTG (ID 8130869 - fl. 2), que, em razão do grande movimento, colocou a autora em situação de risco. 4. Tal fato, além de caracterizar nítida falha na prestação dos serviços, é apto a gerar danos morais indenizáveis, uma vez que desborda os limites do mero aborrecimento cotidiano. 5. No que ao quantum fixado pelo Juízo de origem (R\$ 1.000,00), tenho que o mesmo atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como considera as peculiaridades do caso concreto e da situação experimentada pela autora. 6. Recurso CONHECIDO e NÃO PROVIDO. Preliminar rejeitada. Custas recolhidas. Sem condenação em honorários advocatícios à míngua de contrarrazões. A súmula de julgamento servirá de acórdão, nos termos do art. 46, da Lei nº 9.099/95.

[T]-DF 07383653820188070016 DF 073836538.2018.8.07.0016, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 22/05/2019, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/06/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.]

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. APLICATIVO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. UBER. LEGITIMIDADE CONFIGURADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO. ARTIGOS 2º, 3º, 7º E 14º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O aplicativo de transporte individual de passageiros Uber responde pelos prejuízos causados pela falha na prestação do serviço causado pelo seu motorista. DANOS MATERIAIS. ERRO NO TRAJETO INDICADO NO APLICATIVO UBER. EQUÍVOCO INCONTROVERSO DO MOTORISTA. ROTA DIVERSA DA SOLICITADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEMONSTRADA QUE CAUSOU A PERDA DE VOO. RESSARCIMENTO DO VALOR DE NOVA PASSAGEM AÉREA E GASTOS COM ALIMENTAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. CULPA DO CONSUMIDOR INOCORRENTE. SOLICITAÇÃO DE TRANSPORTE FEITA COM ANTECEDÊNCIA SUFICIENTE PARA CHEGAR NO AEROPORTO A TEMPO. DANOS MORAIS. TRANSTORNOS CAUSADOS PELO ERRO NO TRAJETO SOLICITADO QUE ULTRAPASSAM O MERO DISSABOR. PERDA DE VOO E ATRASO NA VIAGEM. ABALO ANÍMICO EVIDENCIADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO APLICATIVO UBER. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE ATENDIDOS. FUNÇÃO PEDAGÓGICA E RESSARCITÓRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. “O ‘quantum’ da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabili-

dade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para a lesada.”

(TJ-SC - RI: 03025518620178240082 Capital - Continente 0302551-86.2017.8.24.0082, Relator: Marcelo Pizolati, Data de Julgamento: 09/05/2019, Primeira Turma de Recursos - Capital)

No mesmo sentido vêm decidindo outros países, como nos Estados Unidos (por meio da Corte Superior da Califórnia - processo no CGC-15-546378) e Inglaterra (processo n. 220255/2015, julgado pelo Tribunal do Trabalho de Londres)¹.

Insustentável, portanto, a alegação da Ré de que a relação jurídica se firmaria diretamente entre o Motorista e o Usuário, sem qualquer intervenção sua.

Reconhece-se, portanto, a Acionada como fornecedora do serviço de transporte, sendo o Acionante, assim, prestador de serviços desta.

2.2. Natureza jurídica da prestação de serviços

Uma vez reconhecida a prestação de serviços pelo Reclamante à Reclamada e, diante da combinação dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC, era da Reclamada o ônus da prova de que não teria firmado contrato de emprego com o Autor, eis que tal fato – existência de mera relação de cível/inexistência de contrato de trabalho em sentido próprio - se revela como obstáculo ao direito do Reclamante às verbas trabalhistas.

Quanto ao escrito de ID n. 99d5b02, o qual informa a celebração entre as partes de um contrato de serviços de intermediação digital, não é nenhuma novidade dizermos que para o Direito do Trabalho a forma é elemento meramente secundário, porque o importante, mesmo, é o conteúdo da relação contratual.

Assim, a aplicação do princípio da primazia da realidade, o modo da execução dos serviços, a essência do cotidiano do trabalho do Autor é que dirão se a tônica do liame que uniu as partes era de vínculo empregatício ou não.

Para tanto, faz-se necessária uma análise dos elementos fático-jurídicos que caracterizam uma relação de emprego: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Esses elementos, todavia, não podem ser avaliados sob o mesmo enfoque do século XX, quando do surgimento da legislação trabalhista no Brasil. A organização do trabalho não é mais aquela do modelo fordista/taylorista, de controle direto e escala hierárquica rígida.

O referido modelo vem sendo ultrapassado há cerca de 50 anos, a começar pelo modelo de produção toyotista, em que principalmente a subordinação vem se apresentando de for-

ma cada vez mais sutil. Em vez de ordens diretas, passa-se a ter integração na estrutura produtiva, fortalece-se a ideia de cooperação.

Cada grande avanço tecnológico alcançado tem impactado profundamente na forma de organização do trabalho, desde a criação das máquinas a vapor, desencadeadora da I Revolução Industrial, aos algoritmos e plataformas digitais ora utilizados pela Reclamada.

Não se pode perder de vista, portanto, que o direito não é apenas norma, mas fato (a realidade que se apresenta, moldada por essas novas formas de organização da produção) e valor, que, no Direito do Trabalho e conforme exposto da Declaração de Filadélfia da OIT, pode ser resumido ao seguinte: o trabalho humano não é mercadoria.

Com base nesses parâmetros, passemos, então, à sua análise:

2.2.1. Pessoalidade

Como bem esclarecido por Augusto César Leite, regra geral, “o empresário escolhe o trabalhador que a ele quer subordinado. E por isso o obreiro não pode se fazer substituir por outro colega de ofício, sem a anuência do patrão. [...] O empregado, na síntese feliz de Martins Catharino, obriga-se a trabalhar pessoalmente. Nessa medida, o empregado haverá de ser pessoa física, por lógica dedutiva.”².

No presente caso, verifica-se a pessoalidade, na medida em que é a Reclamada quem escolhe qual motorista poderá ou não se vincular à plataforma, mediante a realização de um cadastro individual, inclusive com a inclusão de fotografia e submissão de documentos. Observe-se que a pessoalidade não decorre exatamente do cadastro, mas do fato de que a Reclamada dispõe e exerce a discricionariedade de escolher este ou aquele motorista.

Veja-se que mesmo nas hipóteses em que o mesmo veículo pode ser utilizado por mais de um motorista, todos eles precisam ter o cadastro, individual, validado pela Acionada. A substituição, portanto, só ocorre com autorização da Ré, por meio da realização do seu cadastro.

Mesmo quando a Acionada menciona que “*existem Motoristas Parceiros que são, na realidade, pequenos empresários do ramo de transporte que cadastram seus carros na Plataforma, colocando qualquer um de seus motoristas para acionar a Plataforma e conduzir o veículo, aproveitando-se da demanda gerada, sendo este mais um fator que afasta a existência da obrigatoriedade que apenas pessoas físicas se cadastram na plataforma e possam realizar viagens*” (ID n. 593bec0), sequer sendo este o caso dos autos, reconhece que o alegado “pequeno empresário” também realiza um cadastro como pessoa física, individual, e não de uma pessoa jurídica.

Ademais, o fato de que, o motorista que estiver fisicamente mais próximo ao usuário é acionado para aceitar uma viagem, se assim o desejar, não possui relevância para esta questão. A relação de prestação de serviços se dá entre Reclamante e Reclamada, e esta escolheu aquele como contratado. A forma

2. CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 2ª Edição. São Paulo: LTr. Pág. 128.

como a Acionada designa seus contratados para lhe prestarem os serviços refere-se ao exercício da sua liberdade de organização das atividades e não à pessoalidade.

2.2.2. Não eventualidade

Diversos são os conceitos atribuídos a esse elemento. Mauricio Godinho Delgado cita as seguintes teorias informadoras: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica³.

Dentre elas, aquela que nos parece mais apropriada é a dos fins do empreendimento. Logo, não eventual seria a prestação de trabalho ajustada para atender a necessidade normal ou permanente da empresa.

Como já decidido nesta sentença, a Reclamada desenvolve atividade de transporte, razão pela qual a prestação desse serviço pelo Reclamante, como motorista, é não eventual.

Assim, o fato de que o Reclamante não dispunha de uma carga horária fixa determinada pela Reclamada é irrelevante para o reconhecimento da presença desse elemento. Até mesmo porque empregados submetidos ao art. 62 da CLT também não possuem essa pré-fixação ou esse controle e nem por isso deixam de ser empregados.

Outrossim, a exclusividade não é elemento do contrato de emprego, nem se insere na eventualidade, pelo que também é irrelevante, para fins de não eventualidade, o fato de que o Reclamante também fazia uso de outra plataforma.

2.2.3. Onerosidade

A onerosidade também se encontra presente na relação jurídica havida entre as partes, na medida em que o Reclamante era remunerado pelos seus serviços pela Reclamada.

Observe-se que o valor das viagens era estipulado pela Acionada, que repassava semanalmente a parte do Autor.

Uma vez reconhecido que a Reclamada é empresa de transporte e que a relação de consumo se estabelece entre esta e o usuário, cai por terra a alegação da Acionada de que o pagamento era feito pelo usuário diretamente ao Reclamante e que seria o Reclamante quem remuneraria a Reclamada pela utilização da Plataforma.

2.2.4. Subordinação

Por fim, há que se analisar a subordinação, o elemento essencial de uma relação de emprego. Como bem colocado por Augusto Cesar Leite, “inexiste liame de tal natureza quando o trabalho não se apresenta organizado e dirigido pelo credor da prestação laboral”⁴.

Utilizaremos, então, das lições de Luísa Riva Sanseverino, conforme citada por Augusto Cesar Leite⁵, segundo a qual:

3. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: Obra Revista e Atualizada Conforme a Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais Posteriores**. 18ª Edição. São Paulo: LTR. P. 342.

4. CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 2ª Edição. São Paulo: LTr. Pág. 135

5. *Idem*. *Ibidem*. Pág. 137.

a) no trabalho subordinado, a tônica cai no desenvolvimento de certa atividade, e se trata de trabalho genérico, para ser mais preciso, de obrigação duradoura de meios ou de comportamento, vinculada às diretrizes técnicas e organizativas do credor;

b) no trabalho autônomo, a nota recai na obtenção de um resultado, tratando-se de trabalho específico e, por melhor dizer, de obrigação instantânea de resultado em senso estrito.

De tal conceito se extrai, ainda, que a subordinação é o elemento que assegura ao empregador o exercício do poder de comando, e que se manifesta por meio do poder de organização, do poder diretivo *stricto sensu* e do poder disciplinar.

Assim, para verificar a existência de subordinação, especialmente diante das novas formas de organização do trabalho, é necessário analisar se a Reclamada possuía poder de comando sobre a atividade desenvolvida pelo Reclamante, que era duradoura.

Entendido o poder de organização como “a capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta”⁶, tem-se que a Reclamada detinha, como detém, essa prerrogativa.

Tanto assim que determina qual a categoria do transporte realizado (Uber X, Black, Eats etc.), o valor a ser cobrado do cliente, os critérios de escolha dos motoristas, os descontos a serem conferidos aos usuários, todo o marketing envolvendo a marca, a expansão da empresa pelo país etc.

A Reclamada estabelece e garante um padrão e qualidade mínimo na realização do trabalho, selecionando e gerenciado a mão de obra⁷.

Os motoristas não possuem qualquer intervenção na estrutura técnica ou econômica ou qualquer possibilidade de influir na estratégia.

Já poder diretivo *stricto sensu* é a “capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa”⁸.

Isso também pode ser vislumbrado na relação entre Reclamante e Reclamada.

Veja-se que, neste ponto, é necessário reforçar o argumento anteriormente trazido de que não mais vivemos na era da subordinação quase militar do modelo fordista/taylorista.

Como já antecipado, linhas atrás, esse modelo passa a ser superado pelo toyotismo, que, como bem posto por Giovanni Alves⁹, desenvolve-se da seguinte forma:

6. *Idem*. *Ibidem*. Pág. 138.

7. OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal, CARELLI, Rodrigo de Lacerda e CASAGRANDE, Cássio Luis. **Empresas de transporte, plataformas digitais e relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. Pág. 16

8. CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 2ª Edição. São Paulo: LTr. Pág. 138

9. TOYOTISMO COMO IDEOLOGIA ORGÂNICA DA PRODUÇÃO CAPITALISTA Giovanni ALVES. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TOzFSS5gicsJ:www2.marilia.unesp.br/revistas/>

Permanece ainda, de certo modo, uma supervisão rígida, mas incorporada, integrada - vale salientar - à subjetividade operária contingente. Em virtude do incentivo à competição entre os operários, cada um tende a se tornar supervisor do outro. Somos todos chefes, é o lema do trabalho em equipe sob o toyotismo. Eis, portanto, o resultado da captura da subjetividade operária pela lógica do capital, que tende a se tornar mais consensual, mais envolvente, mais participativa: em verdade, mais manipulatória.

Essa captura da subjetividade é levada a outro patamar na Revolução Digital, a organização do trabalho passa a ser entendida como um “sistema programável no qual os trabalhadores são unidades capazes de reagir aos sinais que recebem em função de uma programação realizada. [...] A partir da programação, da estipulação de regras e comandos pré-ordenados e mutáveis por seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa”¹⁰. Na prática, os trabalhadores não agem livremente, exprimem reações esperadas.

Assim, não é necessário estabelecer uma jornada, porque o valor estipulado por viagem é baixo o suficiente para estimular o motorista a estar disponível a fim de que consiga auferir uma renda mínima. Se a Reclamada precisa que mais motoristas estejam presentes em determinado horário ou dia, não é necessário ordenar que o façam, basta avisá-los de que em determinado lugar haverá determinado evento ou promoção, ou mesmo aumentar o valor das viagens a depender do dia e horário.

Também não há necessidade de impor diretamente um padrão de comportamento: não há necessidade de expressamente determinar “ligue o ar condicionado, ofereça balas, água mineral, seja educado”, basta sugerir tal comportamento – como a Reclamada reconhece que faz – e verificar se o motorista atende a essas “sugestões” por meio das avaliações dos clientes. Se não atender, ele é punido.

Veja-se que, embora a Reclamada não intervenha na avaliação em si, utiliza-se delas para controlar o motorista e verificar se ele se comporta de acordo com os parâmetros por ela estipulados.

Se o motorista segue os comandos, é premiado, se não se adapta aos objetivos é punido, suspenso, ou mesmo desligado.

É exatamente o que se vislumbra em relação aos motoristas da Acionada. Por meio da estipulação do valor da corrida, que oscila de acordo com o dia e horário, dos gráficos mostrando onde haveriam shows, eventos com grande público para que os motoristas ficassem sabendo onde haveria grande demanda e também indicação de promoção ou grandes

index.php/orgdemo/article/view/455/354+&cd=4&hl=p-t-BR&ct=clnk&gl=br. Acessado em 21/10/2019.

10 OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal, CARELLI, Rodrigo de Lacerda e CASAGRANDE, Cássio Luis. **Empresas de transporte, plataformas digitais e relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. Pág. 29.

eventos na cidade, a Reclamada direciona os motoristas para os lugares onde ela precisa que eles estejam sem a necessidade de um comando direto. A obediência mecânica cede lugar à disponibilidade mental.

Por fim, no que tange ao poder disciplinar, verifica-se que, conforme aqui já mencionado, a Reclamada “evoca o poder de punir como instrumento de persuasão”¹¹, verificando-se ainda a efetiva ocorrência de punições (advertências – avisos de que o Motorista não atendeu alguma “sugestão”, suspensões e mesmo desligamento, como ocorreu com o Reclamante, após a realização do que a Reclamada considerou como taxa de cancelamento excessiva.

A própria contestação (ID n. 593bec0 – Págs 25 e 26) confessa o exercício desse poder:

119. Veja Excelência que a Reclamada primeiramente notificou o Reclamante de que havia detectado que suas condutas violavam os Termos de Uso da Uber na fila do Aeroporto de Guarulhos (Doc. 37). No entanto, o Reclamante continuou com os reiterados cancelamentos excessivos, de modo que a Reclamada informou o Reclamante que sua conta estava sendo desativada em razão da violação dos Termos de Uso, em especial no que diz respeito às atividades irregulares na fila do Aeroporto de Guarulhos (Doc. 37.1).

120. A equipe da Reclamada foi clara ao informar no primeiro contato que, caso este tipo de comportamento fosse verificado novamente, a parceria seria encerrada imediatamente. O e-mail segue com a Reclamada informando que: “lembramos que ter uma taxa de cancelamento na região do aeroporto maior do que a taxa de referência do aeroporto prejudica a experiência dos usuários, de outros motoristas e a eficiência de toda a plataforma”. (Doc. 37).

121. Infelizmente o Reclamante não alterou a sua conduta e permaneceu cancelando excessivamente as viagens, prejudicando a fila de Usuários e Motoristas Parceiros no aeroporto de Guarulhos. Sendo certo que o Reclamante violou os Termos de Uso da Reclamada e, mesmo após notificado formalmente, permaneceu cometendo atos em desconformidade com os Termos de Uso, de modo que a Reclamada não tinha outra alternativa senão desativar a conta do Reclamante.

Destaque-se, por fim, o art. 6º, caput e parágrafo único, da CLT, segundo os quais:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de

11 CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 2ª Edição. São Paulo: LTr. Pág. 139.

subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O referido dispositivo ampara as conclusões a que se chega nesta sentença, a subordinação era exercida pela Reclamada através de meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão.

2.2.5. Alteridade

Nesse ponto, há que se esclarecer que a alteridade não é um elemento fático-jurídico do vínculo empregatício, mas um efeito deste.

Assim, quem deve assumir os riscos do negócio é o empregador e não o empregado.

O fato incontroverso de que o Reclamante efetuava o custeio dos gastos com aquisição e manutenção de seu veículo, aí incluídas as despesas com IPVA, seguro, combustível, licenciamento, manutenção periódica, pedágio, entre outras, não afasta a conclusão de que havia relação de emprego entre as partes, mas tão somente evidência que a Reclamada, ilicitamente, transferiu parte dos seus custos para o Reclamante, que, reitera-se, não poderia estipular o preço da viagem, nem manter contato com os usuários da Reclamada, ou interferir de qualquer modo no gerenciamento da atividade.

2.2.6. Exclusividade

A exclusividade também não é um elemento fático-jurídico do vínculo empregatício. É plenamente possível, no ordenamento jurídico vigente, que o empregado possua mais de um vínculo empregatício.

Embora o Reclamante pudesse manter a plataforma da Ré ligada simultaneamente com outras, fato sequer comprovado, não há possibilidade de o Autor realizar, simultaneamente, viagens para as duas plataformas. A Acionada efetuava o pagamento por viagem, em modalidade de remuneração que se identifica com o salário por produção.

Detendo o preciso controle de quantas viagens o Reclamante efetuava em seu favor, a Reclamada pagava-lhe a contraprestação.

2.3. Reconhecimento do vínculo empregatício

Presentes se fazem, portanto, todos os elementos de uma relação de emprego.

Reconheço, assim, que houve contrato de trabalho *stricto sensu* entre as partes litigantes.

No tocante à duração do referido vínculo, há divergência entre as partes a respeito. O Reclamante alega que a relação perdurou de 24/11/2018 à 14/04/2019. Já a Reclamada de 10/10/2018 a 01/04/2019.

Considerando-se os limites da inicial, bem assim o ônus da Reclamada de comprovar o término do vínculo, tenho que o vínculo empregatício perdurou de 24/11/2018 a 14/04/2019, eis que o e-mail da Reclamada de descredenciamento de ID n. 315f874 não possui qualquer data.

Quanto ao salário auferido pelo Demandante, deve prevalecer, para o período abarcado pelo comprovante de depósito, os valores contidos no documento de ID n. 9f9d2b6, não impug-

nado. Para o lapso temporal não abarcado, concluo que a remuneração era de ordem tal que garantia ao Obreiro o salário de R\$4.700,00, descrito na petição inicial.

3. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E PARCELAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

É incontroverso que o Autor nunca foi destinatário de qualquer direito assegurado à pessoa que atua na condição de empregado.

No que tange ao término do vínculo empregatício, não há controvérsia a respeito do fato de que esse se deu por iniciativa da Reclamada, que alegou falta do Reclamante ao, apesar de advertido, manter uma taxa de cancelamento superior à permitida.

O Reclamante, ao se manifestar sobre os documentos, não os impugna, razão pela qual reconheço que ele incorreu nas faltas que lhe foram atribuídas.

Ocorre que não se pode negar que a imputação de uma falta ao empregado, inclusive porque mancha o seu histórico funcional, deve ser exaustivamente provada pelo acusador, especialmente em se tratando da pena máxima, a justa causa.

Exatamente por se tratar da penalização mais severa, não é qualquer deslize do empregado no cumprimento das suas obrigações contratuais que resulta em autorização para o empregador considerar resolvido o contrato de trabalho por justa causa: é indispensável a gravidade da falta de tal modo que seja impossível a manutenção do vínculo, pela quebra da fidejussão anteriormente existente.

Neste sentido tem-se o seguinte acórdão:

RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. FALTA GRAVE NÃO CONFIGURADA. A prova da justa causa deve ser robusta e contundente, o que não ocorreu no caso dos autos. O Tribunal a quo, ao proferir a sua v. decisão, o fez com base no conjunto fático-probatório, concluindo que as provas apontadas pela empresa não eram aptas a ensejar a dispensa por justa causa. Para que as alegações trazidas pela recorrente fossem confrontadas com a fundamentação regional, necessário seria o revolvimento das provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 14975720155110013, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/09/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017)

Oportunas, outrossim, são as lições de Délio Maranhão¹², ao tratar da proporcionalidade da falta e a punição:

“Como decorrência do fato de somente a falta *grave* justificar a resolução do contrato, e tendo o empregador a facultade de impor penas disciplinares ao empregado, antes de adotar a medida extrema da resolução do contrato, deve haver *proporcionalidade* entre a punição e a falta.”

12 MARANHÃO, Délio. **Extinção do contrato de trabalho**. In: SÜSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed., Vol. I, São Paulo: LTr, 2005, p. 439.

No presente caso, a Reclamada não faz prova da taxa de cancelamento do Reclamante ou com que frequência ele realizou tais cancelamentos. Veja-se que nem o e-mail contendo a advertência, nem o de descredenciamento possuem data ou os referidos detalhes.

Reconheço, assim, que, embora o Reclamante tenha incorrido em falta, não restou suficientemente comprovada a sua reiteração a ensejar o reconhecimento de uma justa causa. O contrato foi extinto, portanto, sem justa causa.

Nesse passo, defiro ao Reclamante o pagamento: 1 – do aviso prévio indenizado de 30 dias e sua integração ao tempo de serviço; 2 – 13º salário proporcional de 1/12 referente ao ano de 2018 e 4/12 referente ao ano de 2019; 3 – FGTS acrescido da indenização de 40% de toda a relação de emprego; 4 – férias proporcionais à razão de (acho que são 5/12) 6/12, acrescidas de 1/3; 5 – multa prevista nos §§ 6º e 8º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho no valor de uma remuneração.

Diante das parcelas objeto de condenação, devo ainda esclarecer que o FGTS acrescido da multa de 40% deve incidir, inclusive, sobre as parcelas decorrentes da condenação que sirvam de base de apuração da aludida verba.

A mera alegação de inexistência de vínculo empregatício não é óbice ao reconhecimento da multa do art. 477, consolidado, pois, se assim o fosse, bastava o empregador trazer à tona em todos os casos tal justificativa, para fazer letra morta a letra da lei que fixa o prazo para pagamento das verbas rescisórias.

Mesmo na hipótese de existir forte controvérsia acerca da configuração da relação de emprego não se pode negar a vigência do art. 477 do Diploma Consolidado Trabalhista, conforme entendimento dominante no TST, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 351 da sua SDI-I.

A única situação prevista em lei para não incidência da multa em apreço é a de mora causada pelo empregado, o que não se deu na lide em análise.

O reconhecimento da despedida injusta importa, outrossim, na condenação do fornecimento ao Reclamante das guias para ter acesso ao seguro-desemprego, no prazo de 48 horas contados da notificação para pagamento dos créditos trabalhistas ora deferidos fornecimento? e, em se tratando de obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa diária de R\$100,00 (art. 536, caput e §1º e art. 537, caput, do CPC).

Superados 20 dias sem a entrega das guias de CD, a Reclamada responderá pela indenização equivalente ao valor do seguro-desemprego a que teria direito o Reclamante, conforme comprovação de preenchimento dos requisitos à época em que deveria ter recebido o benefício, a ser realizada em liquidação (queria tirar uma dúvida sobre este trecho).

4. ACRÉSCIMO DE 50% PREVISTO NO ART. 467 DA CLT

Existindo razoável controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e os motivos para desfazimento da relação de emprego do Autor, entendo ser incabível o acréscimo de 50% de que trata o art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho sobre as verbas rescisórias reconhecidas no presente julgado.

Neste mesmo sentido também vem decidindo o TST, consoante se vê na seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016. MULTA PREVISTA NO ART. 467 DA CLT. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DAS VERBAS RESCISÓRIAS. I. A multa prevista no art. 467 da CLT tem como fator gerador o não pagamento das verbas rescisórias incontroversas na data do comparecimento à Justiça do Trabalho. II. Depreende-se do acórdão regional que havia controvérsia sobre as parcelas rescisórias cabíveis, mormente porque, na reclamação trabalhista, a Reclamante postulou as verbas rescisórias inerentes à dispensa sem justa causa que a Reclamada não havia quitado, por ter aplicado a dispensa por justa causa. Sendo controversas tais parcelas, a Reclamada não estava obrigada a pagá-las por ocasião do primeiro comparecimento à Justiça do Trabalho, razão pela qual não está sujeita à incidência da multa de que trata o art. 467 da CLT. III. Recurso de revista de que se conhece, por violação do art. 467 da CLT, e a que se dá provimento.

(TST - RR: 117646920155150145, Relator: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 15/08/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)

Indefiro.

5. REGISTROS EM CARTEIRA PROFISSIONAL

Ante o que foi visto no tópico anterior, procede o pedido de realização pela Reclamada das devidas anotações na CTPS do Reclamante, fazendo constar a admissão em 24/11/2018, saída em 14/05/2019, função de motorista e salário de R\$4.700,00, fixando-se para tanto o prazo de 48 horas, sob pena de incorrer na multa de R\$200,00 por dia de atraso no cumprimento desta obrigação de fazer (art. 536, caput e §1º e art. 537, caput, do CPC), devendo haver a prévia notificação da Empresa de que o Obreiro apresentou sua CTPS ao Juízo.

A Acionada deverá se abster de anotar na CTPS do Reclamante qualquer registro não autorizado expressamente em lei ou ato normativo, que desabone a conduta do trabalhador ou lhe dificulte a obtenção de novo emprego (a exemplo de “por determinação judicial”).

Não havendo a observância do quanto aqui preceituado para a Reclamada, fica autorizada a Secretaria a proceder às anotações aqui determinadas, sem prejuízo da execução das astreintes. *(creio que seria prudente acrescentarmos que o termo final de cobrança das astreintes será a data das anotações efetuadas pela secretaria)*

Todavia, se o Obreiro deixar transcorrer 05 dias da notificação do trânsito em julgado da presente sem apresentar sua CTPS, fica desobrigada a Empresa de anotá-la e pagar multa, cabendo os registros exclusivamente à Secretaria da Vara.

Para tanto, deverá o servidor responsável pela execução do registro não utilizar qualquer carimbo ou marca que identifique o Poder Judiciário ou o próprio serventuário, nem fazer menção à determinação judicial da anotação, devendo constar no campo “Assinatura do Empregador” somente a denominação da empresa ou pessoa física, subscrita com a assinatura do servidor.

Ainda nesta última hipótese de o registro em carteira profissional ser feito pela Secretaria do Juízo, deverá ser emitida nos autos certidão relativa ao cumprimento da determinação judicial, a ser entregue ao Reclamante, juntamente com cópia da presente sentença.

6. JORNADA DE TRABALHO

Disse o Autor na petição inicial que cumpria jornada de trabalho das 22h às 10h de segunda a domingo, com folgas às terças-feiras, com 30 minutos de intervalo intrajornada.

Ao ser interrogado, todavia, o Reclamante resolveu mudar completamente os parâmetros da lide, informando horários absolutamente divergentes daqueles contidos na peça de abertura, passando a sustentar que trabalhava das 6h às 18h, ou das 7h às 19h de segunda a domingo, com folgas às terças-feiras, com 15 a 20 minutos de intervalo intrajornada.

Ora, diante deste cenário, à primeira vista já se constata a dificuldade em reconhecermos a pertinência do pedido de pagamento de horas suplementares, por ser impossível saber onde o Autor estaria falando a verdade – na petição inicial ou ao ser interrogado – ou, quiçá, se a verdade veio à tona em algum momento.

Com efeito, as discrepâncias entre o que Reclamante sustenta por escrito e oralmente somente servem para retirar a credibilidade do Autor. Sequer se pode ter certeza se o trabalho do Reclamante era diurno ou noturno.

Não pode o Autor mudar por completo os fatos da petição inicial, integrantes da causa de pedir do labor extraordinário, em momento completamente extemporâneo, qual seja, na fase probatória.

Depois de fixados os limites da discussão processual, pelo conteúdo da petição inicial e da defesa, é defeso à qualquer das partes alterar completamente os fatos, trazendo dados completamente novos.

Cabia ao Acionante, isto sim, demonstrar de forma satisfatória o cumprimento da jornada descrita na petição inicial, ou próxima daqueles horários, mas não o fazendo, julgo **improcedentes** os pedidos de pagamentos de horas extras, intervalo intrajornada, adicional noturno e consecutivos.

7. INDENIZAÇÃO DE DESPESAS

Pretende o Reclamante ressarcimento das despesas que teve com combustível e manutenção do veículo.

Consoante já decidido, trata-se de despesas atinentes ao negócio da Reclamada que foram indevidamente transferidas ao Reclamante.

Por outro lado, tratando-se de danos materiais, é certo que os mesmos correspondem aos prejuízos concretos de natureza econômica decorrentes de perdas emergentes e lucros cessantes causados por atos ilícitos de terceiros, possuindo, portanto, dimensão econômica pré-concebida, consoante as lições de Theodoro Júnior:

“...a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o

bem ou valor indevidamente desfalcado.”¹³ (grifo nosso).

Nesse passo, cabia ao Reclamante, primeiramente, provar a fonte mediata dos referidos prejuízos, por meio de notas fiscais e recibos de gastos com combustível ou manutenção do veículo.

O Autor, todavia, não produziu qualquer prova nesse sentido.

Indefiro.

8. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Pretende o Reclamante o recebimento de indenização por danos morais e existenciais sob dois fundamentos, basicamente: i) sua despedida sem prévio aviso pela Reclamada, o que demonstra a forma arbitrária do desligamento do reclamante, sem qualquer explicação sobre o motivo ou simplesmente um comunicado; ii) jornada extenuante.

Quanto ao primeiro fundamento, ainda que não reconhecido um justo motivo para a dispensa do Autor, é improcedente o pleito de pagamento de dano moral pela empresa.

Isso porque fundamenta o Obreiro seu pleito no fato único e exclusivo da despedida por justa causa, que foi inclusive comunicada ao Reclamante, conforme e-mail não impugnado. E tal ato, por si só, não importa em dano moral, já que se encontra autorizado na Norma Consolidada. Sim, é preceito lógico que todo aquele que age de acordo com o direito não causa lesão ao direito de ninguém, e a própria CLT permite ao empregador resolver o liame laboral se vislumbrar o cometimento de falta grave pelo empregado.

A justa causa considerada em si mesma não importa em dano moral. Tal dano somente se configura diante de situações concretas e não de meras suposições – e o Reclamante não fez nenhuma apresentação de que atos ilícitos da empresa lhe teriam causado um dano.

A reparação da dor moral não pode ser banalizada a ponto tal que qualquer prejuízo sofrido pelo trabalhador importe em vindicação de dano extrapatrimonial. Os argumentos apresentados em Juízo não servem como fundamento do direito do Autor, mesmo porque são aplicáveis a qualquer trabalhador. Ora, que dano à moral é este que se encaixa em todas as relações de trabalho extintivas por justo motivo, como se fosse produzido “em escala industrial”, por um único molde?

Outrossim, consoante já decidido nesta sentença, sequer restou comprovada a jornada extenuante, razão pela qual, também por esse motivo, não há por onde se amparar o pleito obreiro.

Indefiro.

9. GRATUIDADE JUDICIAL

De início, há que se firmar a premissa de que **o destinatário da gratuidade judicial não se limita ao trabalhador assalariado, nem se exige que este aufera renda igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios previdenciários**. A gratuidade pode alcançar toda e qualquer pessoa, inclusive a melhor remunerada.

Com efeito, mesmo após o advento da Lei n. 13.467/2017,

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.2-3.

que deu nova redação ao §3º do art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, o fato da norma ter tratado da gratuidade apenas quanto aos que ganham até 40% do limite máximo dos benefícios previdenciários não significa limitar o instituto, excluindo os de maior remuneração, ou mesmo restringindo a gratuidade à figura do trabalhador. Do contrário, estar-se-ia violando o art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da CF, que asseguram, respectivamente, o acesso à justiça e a assistência judiciária gratuita pelo Estado aos que comprovem insuficiência de recursos.

Não por outra razão, a regra do §4º do art. 790 da CLT possibilita à pessoa menos pobre e à pessoa jurídica demonstrar a insuficiência de recursos disponíveis para as custas processuais. Trata-se de um complemento ao dispositivo anterior.

Por conseguinte, desde que evidenciado – conforme critérios de razoabilidade obtidos da realidade econômica atual – que qualquer homem médio que tivesse o mesmo patamar salarial do litigante não teria condições de suportar, simultaneamente, os gastos do processo e aqueles indispensáveis para o sustento próprio e de sua família, o benefício da gratuidade judicial deverá ser deferido, inclusive aos que auferem renda superior a 40% do limite máximo dos benefícios previdenciários.

In casu, em que pese o Reclamante ter auferido no curso do contrato de trabalho renda mensal superior a 40% do limite máximo dos benefícios previdenciários, apresentou declaração de insuficiência econômica válida e eficaz conforme documento de ID n. 7be4d78.

E sendo certo que o próprio sistema normativo não exige como prova da hipossuficiência econômica mais do que uma declaração de pobreza em Juízo, era da Reclamada o ônus de demonstrar que o Reclamante tinha condições financeiras de custear o processo, pois, a presunção que milita no caso concreto, em face do patamar remuneratório do Obreiro revelado nos documentos encartados no feito e o critério de razoabilidade supramencionado, é a de insuficiência econômica da parte Autora. Do seu encargo a Ré não se desincumbiu.

Nesse sentido, inclusive, é como já decidiu o c. TST:

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. A demanda oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza política e social, qual seja, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. Cinge-se a controvérsia a se saber se é necessária a comprovação do estado de miserabilidade no processo do trabalho para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. A Lei nº 1.060/50, que estabelecia as normas para a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, previa no parágrafo único do art. 2º que “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários

de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.” Por sua vez, o art. 4º estabelecia como requisito para concessão da gratuidade de justiça que “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”. Dessa disposição, as partes começaram a apresentar nos autos a declaração de hipossuficiência. O art. 5º da referida lei dispunha expressamente que “O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.” Portanto, surgiu para as partes requerentes do benefício da gratuidade da justiça a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. A jurisprudência do TST havia se consolidado no sentido de que, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, bastava a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado. Na mesma linha, o art. 99 do CPC/2015, revogando as disposições da Lei nº 1.060/50 sobre gratuidade de justiça, trouxe em seu § 3º que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. Nesse sentido, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o TST converteu a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1 na Súmula nº 463. Logo, para a pessoa natural requerer os benefícios da justiça gratuita bastava a juntada de declaração de hipossuficiência, sendo ônus da parte adversa comprovar que o requerente não se enquadrava em nenhuma das situações de miserabilidade. No caso de pedido formulado pelo advogado da parte, este deveria ter procuração com poderes específicos para este fim. No entanto, em 11/11/2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que inseriu o parágrafo 4º ao art. 790 da CLT. Dessa forma, as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da reforma trabalhista estão submetidas ao que dispõe o § 4º do art. 790 da CLT, que exige a comprovação, pela parte requerente, da insuficiência de recursos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Sem dúvida, o referido dispositivo inaugurou uma condição menos favorável à pessoa natural do que aquela prevista no Código de Processo Civil. No entanto, em se tratando de norma específica que rege o Processo do Trabalho, não há espaço, a priori, para se utilizar somente as disposições do CPC. Logo, o referido dispositivo implicaria, no ponto de vista do trabalhador, um retrocesso social, dificultando o acesso deste ao Poder Judiciário. Assim, a par da questão da constitucionalidade ou não do § 4º do art. 790 da CLT, a aplicação do referido dispositivo não pode ocorrer isoladamente, mas sim deve ser interpretado sistematicamente com as demais normas, quer aquelas constantes na própria CLT, quer aquelas previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Dessa forma, à luz do que dispõe o próprio § 3º do art. 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do traba-

lhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal. Isso porque não se pode atribuir ao trabalhador que postula, junto a esta Especializada, uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da CF. Além disso, considerando que o Tribunal Regional registrou que “o autor percebia salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (último salário indicado: R\$ 3.400,00, id 5a9a516, p. 8)”, e sendo incontroverso que ele exercia a profissão de encarregado de obras e que as custas foram fixadas em R\$ 4.361,73, associados à existência de declaração de hipossuficiência, tais elementos, por si só, denotam que o reclamante não tem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Não conceder ao autor, no caso dos autos, os benefícios da gratuidade de justiça, é o mesmo que impedir o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) e discriminar o trabalhador em relação às pessoas naturais que litigam na justiça comum (art. 5º, caput, da CF). Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, XXXV da CF e contrariedade à Súmula 463, I do TST e provido. (TST - RR: 10022295020175020385, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/06/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2019)

Ante o exposto, fica reconhecida a gratuidade judicial ao Acionante.

Atente-se, finalmente, que a gratuidade aqui versada não se confunde com a **assistência judiciária**, sendo irrelevante, portanto, que o Demandante não venha acompanhado em Juízo de advogado patrocinado pelo seu sindicato; tampouco é relevante o fato de ter contratado advogado particular, nos termos do art. 98, §4º, do Código de Ritos.

10. Honorários Advocatícios

Com o advento da Lei n. 13.467/2017, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 791-A e seus parágrafos, nos processos ajuizados a partir de 11.11.2017 foi assegurado ao advogado, ainda que atue em causa própria, o direito ao recebimento de honorários de sucumbência, podendo ocorrer, ainda, a condenação em honorários não sucumbenciais, oriundos do princípio da causalidade.

Para estabelecer os parâmetros de apuração dos honorários advocatícios, considero que serão devidos em razão de cada um dos pedidos individualizados e analisados nos tópicos anteriores, haja vista que, sob rigor técnico, cada pleito revela uma demanda (pretensão) que resultará em extinção liminar, condenação ou absolvição.

Em seguida, reputo que caso algum pedido formulado pela parte Autora não tenha sido contestado especificamente pela parte Ré, nem se possa extrair impugnação ao pleito diante do contexto do restante da defesa, não se poderá falar em honorários sucumbenciais para a Demandada em caso de improcedência da postulação, haja vista que a fixação da remuneração do advogado depende, necessariamente, de tra-

balho deste.

Pontuo, outrossim, que a verba honorária sucumbencial do defensor da parte Ré somente será devida nas hipóteses de improcedência **total** do(s) pedido(s), portanto, não reputo verificada a sucumbência da parte Autora em casos da postulação ser deferida apenas parcialmente.¹⁴

Pois bem.

Na situação dos autos, de procedência parcial dos pleitos, em que Reclamante e Reclamada são vencidos e vencedores em pretensões distintas na demanda, o Juízo deve arbitrar honorários de sucumbência recíproca.

Verifico que não existiriam pedidos extintos sem resolução de mérito e, ademais, todas as postulações foram devidamente impugnadas pela Ré.

Considerando-se os elementos ligados aos trabalhos desempenhados pelos(as) advogados(as) que defenderam as partes, à luz dos elementos traçados nos incisos I ao IV do §2º do art. 791-A do Diploma Consolidado Trabalhista, fica arbitrada a verba honorária em: i) 10% (dez por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, em favor dos(as) advogados(as) da parte autora, quanto aos pedidos julgados procedentes; ii) 10% (dez por cento) sobre o montante de cada um dos pleitos julgados improcedentes, a partir dos valores atribuídos aos mesmos pelo Autor (valor da causa), sempre em favor dos(as) advogados(as) da parte Ré.

Quanto às obrigações de fazer analisadas no corpo da presente, diante das quais não existirá um valor decorrente de liquidação da sentença, deve-se observar que: i) as julgadas pertinentes, resultarão em honorários de R\$400,00, aplicando-se supletivamente a regra do §8º do art. 85 do Código de Processo Civil – 2015¹⁵, em favor dos(as) advogados(as) da parte autora.

Observe-se a inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 349 da SDI-I do TST, no sentido de que a base de cálculo dos honorários de sucumbência é o valor bruto da liquidação, sem o abatimento dos descontos previdenciários ou fiscais

Finalmente, observe-se que é **vedada a compensação (ou dedução) de qualquer dos honorários advocatícios com os créditos ou débitos trabalhistas do(a) Autor(a) ou da(o) Reclamada(o)**, conforme determinação contida no § 3º, art. 791-A da CLT, bem como atente-se para o conteúdo do 4º do mesmo dispositivo legal.

Por fim, considerando que a parte autora é beneficiária da Justiça gratuita, conforme decisão acima, e tendo em vista que não obteve créditos capazes de suportar a despesa, **as obrigações decorrentes da sucumbência deverão permanecer sob condição suspensiva de exigibilidade**, na forma do art. 791-A, §4º, da CLT.

No entender desta Magistrada, parcelas salariais inadim-

¹⁴ Neste mesmo sentido a Súmula nº 326 do STJ e Schiavi, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017*. 1. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2017

¹⁵ “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”

plidas ao longo do vínculo (créditos de natureza alimentar, portanto) e que somente em sentença são deferidos não alteram a situação econômica do Autor, porquanto são verbas essenciais que lhe foram songadas. Trata-se de mera recomposição de um patrimônio material básico e não de efetivo acréscimo.

11. Elementos para liquidação do julgado

A incidência da correção monetária deverá observar o IP-CA-e, declarando-se inconstitucional o art. 879, §7º, da CTPS, fazendo uso das mesmas razões de decidir adotadas pelo excelso STF e c. TST na declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, “f”, da Lei n. 9.494/1997 e artigo 39 da Lei n. 8.177/91, que aplicavam a Taxa Referencial, uma vez que se trata de índice prefixado e inadequado à recomposição da inflação.

A atualização é devida desde o primeiro dia do mês subsequente ao da prestação dos serviços, como já pacificado pela Súmula nº 381 de jurisprudência dominante do TST.

Os juros de mora são contados a partir da data do ajuizamento da demanda, à razão simples, de 1% ao mês, incidindo sobre o valor total da condenação.

O cálculo do Imposto de Renda deverá considerar as Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, o inciso VI da Súmula nº 368 do TST, devendo ser observado, outrossim, que não deve haver a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora (Orientação Jurisprudencial nº 400 da SDI-I do TST).

No que diz respeito aos recolhimentos previdenciários decorrentes da condenação, devem observar o disposto na legislação em vigor e os termos da Súmula n. 368 do TST, comprovando a Reclamada nos autos os recolhimentos previdenciários de sua parte (art. 22 da Lei 8.212/91) e da parte de seu(sua) empregado(a) (art. 20 da Lei n. 8.212/91), cada qual respondendo pela respectiva alíquota e autorizadas as retenções, mediante a exibição da respectiva GPS em duas vias, sob pena de execução específica pelo valor equivalente na forma do art.114, VIII, da Constituição Federal.

Não podem ser incluídos nas contas de liquidação os valores que são recolhidos pelo Órgão Previdenciário para repasse a terceiros (SESI, SESC, SENAI, SEBRAE...), haja vista que não detém esta Justiça do Trabalho competência para executar este tipo de contribuição social.

Deve ser computado no julgado, todavia, a verba a ser recolhida aos cofres públicos para custeio do Seguro de Acidentes de Trabalho, haja vista que o SAT integra, indubitavelmente, o sistema público de seguridade social.

Devem ser deduzidas as parcelas já comprovadamente recebidas sob a mesma rubrica ou fato gerador das aqui reconhecidas, evitando-se o enriquecimento sem causa do(a) Autor(a).

Finalmente, observe-se o histórico remuneratório do(a) Obreiro(a) conforme documentos trazidos ao feito, esclarecendo-se, ainda, que os valores apontados na petição inicial são meramente indicativos, pelo que a condenação a eles não se limita.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, e tendo em vista o que mais dos autos consta, considerando que o quanto foi previsto minuciosamente nos termos da fundamentação supra integra o presente *decisum* como se nele integralmente transcrito, resolve este Juízo **REJEITAR** a preliminar de incompetência e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pleitos formulados pelo Autor, para condenar a Ré a pagar, no prazo de 48 horas após a devida liquidação da presente decisão, observando-se o disposto no art. 880 da Norma Consolidada, os valores correspondentes aos títulos objeto de acolhimento pelo presente julgado, referentes a:

- aviso prévio indenizado de 30 dias;
- 13º salário proporcional de 1/12 referente ao ano de 2018 e 4/12 referente ao ano de 2019;
- FGTS acrescido da indenização de 40% de toda a relação de emprego;
- férias proporcionais à razão de (5/12) 6/12, acrescidas de 1/3;
- multa prevista nos §§ 6º e 8º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Também nos exatos moldes do que foi previsto nos fundamentos deste julgado, deverá ainda a Aciionada cumprir, nos prazos e condições previstos na presente, a(s) seguinte(s) obrigação(ões) de fazer, sob pena de multa por dia de inadimplemento:

- Proceder às anotações do vínculo na CTPS do Reclamante
- Entregar os documentos necessários para inscrição no programa do seguro-desemprego LIBERAR AS GUIAS PARA SEGURO DESEMPREGO.

Os cálculos deverão ser atualizados até a data do efetivo pagamento, com a incidência de correção monetária e juros moratórios nos moldes já previstos supra.

Na data da prolação da presente sentença servem de base de incidência para o recolhimento do INSS todas as parcelas decorrentes da condenação que tenham mesma denominação ou fato gerador daquelas indicadas como salário-de-contribuição pelo artigo 28 da Lei nº 8.212/91.

As partes condenadas em honorários advocatícios responderão com o pagamento dos honorários advocatícios devidos exclusivamente aos(às) advogados(as) do ex-adverso, vedada a compensação ou dedução da verba honorária com créditos ou débitos trabalhistas.

Custas pela Reclamada, no importe de R\$400,00, apuradas sobre R\$20.000,00, valor arbitrado exclusivamente para este fim.

Partes cientes na forma da Súmula n. 197 do c. TST.
NADA MAIS.

NAYRA GONÇALVES NAGAYA

I - RELATÓRIO

AGEU SOUSA SILVA invocou a tutela jurisdicional do Estado em face de **KEIPER TECNOLOGIA DE ASSENTOS AUTOMOTIVOS LTDA. (Massa Falida)**, sucessora da **KEIPER DO BRASIL LTDA**, todos já qualificados nos autos, postulando, com fundamento nos fatos articulados em sua petição inicial, a reintegração ao emprego, com restabelecimento do convênio médico, assim como a condenação da reclamada ao pagamento dos salários do período de garantia de emprego, de indenização por danos materiais (pensão mensal) e morais decorrentes da doença ocupacional, de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial e do acúmulo de função, de horas extras e reflexos, e de diferenças de FGTS, conforme pedidos especificados na peça de ingresso. Atribuiu à causa o valor de R\$50.000,00. Juntou documentos.

A ação foi inicialmente proposta em face da KEIPER DO BRASIL LTDA, que suscitou preliminar de ilegitimidade passiva ao fundamento de que foi sucedida pela KEIPER TECNOLOGIA DE ASSENTOS AUTOMOTIVOS LTDA., sendo acolhida a preliminar e determinada a retificação do polo passivo.

Na audiência inicial compareceu a ré, apresentando defesa escrita, em que suscitou preliminares de inépcia da inicial, carência de ação e impossibilidade jurídica do pedido, prejudiciais de prescrição quinquenal (verbas trabalhistas e FGTS) e total (em relação aos pleitos indenizatórios). No mérito, contestou a totalidade dos pedidos iniciais. Juntou documentos, sobre os quais se manifestou o autor.

Produzida prova pericial médica, de cujo laudo as partes tiveram a oportunidade de se manifestar.

Na audiência em prosseguimento, ausente o preposto da ré, o autor pediu a declaração de sua confissão. Na oportunidade foi ouvida uma testemunha, tendo este Juízo adiado a audiência em razão da ausência de intimação do administrador judicial da massa falida.

Na audiência seguinte foram tomados os depoimentos de ambas as partes.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual. Razões finais remissivas. Conciliação final rejeitada.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Incompetência material (contribuições previdenciárias)

A reclamada suscitou preliminar de incompetência material para execução das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos na vigência do pacto laboral.

Todavia, ainda que a ré tenha razão no mérito (já que de fato a competência desta especializada não alcança a execução das contribuições incidentes sobre os salários pagos, conforme Súmula Vinculante n. 53 do STF e Súmula 368 do TST), a preliminar não merece acolhimento, pois o autor não pediu que a ré fosse compelida ao recolhimento previdenciário sobre os salários já pagos.

Nada a deferir.

Inépcia. Impossibilidade jurídica do pedido

O processo do trabalho é informado pelo princípio da simplicidade, de forma que a petição inicial deve conter apenas uma breve exposição dos fatos e o pedido (artigo 840, § 1º da

CLT, na redação vigente ao tempo do ajuizamento da ação).

E a petição atente a estes requisitos.

Não procede a alegação defensiva de que o pedido de diferenças salariais por acúmulo de função é inepto por contemplar pedido juridicamente impossível. Isso porque o autor aponta os fundamentos factuais e jurídicos pelos quais entende fazer jus às diferenças salariais, tornando apto o pedido. O fato de supostamente o seu pedido não possuir amparo no ordenamento jurídico não o torna inepto ou juridicamente impossível. A questão é de mérito e será analisada oportunamente.

De igual modo, o pedido de diferenças salariais decorrentes da postulada equiparação salarial é apto, pois o autor alega que o modelo indicado (Antônio Carlos Leite) exercia a mesma função que ele, sem ser mais técnico ou produtivo, o que é o suficiente para embasar o pedido.

Outrossim, o pedido de horas extras também é apto, pois o autor aponta a jornada que alega ter trabalhado e sustenta não ter recebido todas as horas extras pleiteadas, o que é o suficiente para possibilitar o pleno conhecimento do pedido.

Afasto as preliminares.

Carência de ação

Não subsiste a preliminar de carência de ação relativamente ao pedido de indenização por danos materiais, pois a comprovação dos prejuízos materiais é matéria de mérito, superando a fase de preliminares processuais.

Igualmente, era desnecessário, mormente no período anterior à vigência da Lei n. 13.467/2017, que o autor discriminasse na petição inicial os danos supostamente sofridos, bastando que alegasse a sua incapacidade laborativa, cujo grau é aferido mediante prova técnica.

Afasto a preliminar.

Confissão

De fato a reclamada não compareceu à audiência de instrução (fls. 1233-1234). Todavia, constatou-se naquela mesma audiência que o administrador judicial não havia sido intimado para o ato, de modo que não se pode falar em confissão.

Ademais, a audiência foi redesignada para outra data, quando a ré se fez presente.

Não há confissão, portanto.

Prescrição

Não procede a alegação defensiva quanto à prescrição das pretensões indenizatórias.

Tratando-se de verba decorrente do contrato de emprego, a prescrição aplicável é a trabalhista quinquenal, conforme firme jurisprudência do C. TST.

Quanto ao prazo inicial da contagem da prescrição, deve-se analisar a data da ciência inequívoca da incapacidade laboral (*actio nata*), conforme Súmula 278 do STJ:

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

O momento em que o empregado tem ciência inequívoca da incapacidade laboral não é necessariamente quando ele teve o primeiro afastamento previdenciário, já que naquele

momento não há como saber se a incapacidade é definitiva ou temporária, parcial ou total.

Há jurisprudência no TST no sentido de que o termo inicial da prescrição em casos como o presente se dá apenas após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o nexo causal entre a doença e o labor. Neste sentido:

Dano moral, material e estético. Doença ocupacional. Prescrição. Termo inicial. Data do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o nexo causal entre a doença e o trabalho executado. O momento da ciência inequívoca da lesão para efeito de definição do termo inicial da contagem do prazo prescricional relativo ao pedido de indenização por dano moral, material e estético decorrente de doença ocupacional é a data do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o nexo de causalidade entre a doença desenvolvida e o trabalho executado. A mera concessão do auxílio-doença não é determinante para a constatação da doença ocupacional, mas apenas indício de que a mazela acometida pode guardar vínculo com o serviço desempenhado. Com esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento para, afastando a prescrição declarada, determinar o retorno dos autos à vara de origem a fim de que prossiga no julgamento do feito como entender de direito. Vencidos os Ministros João Oreste Dalazen e Renato de Lacerda Paiva. TST-E-ED-RR-146900- 24.2007.5.09.0068, SBDI-I, rel. Min. Brito Pereira, 11.4.2013 - Informativo n. 42.

No caso presente, o primeiro afastamento previdenciário se deu em 06/05/2011, conforme comunicação de decisão do INSS de fl. 793. Ou seja, há menos de cinco anos do ajuizamento da ação, sendo evidente que não ocorreu prescrição. Não se quer dizer que em 06/05/2011 o autor já tinha conhecimento da extensão da lesão. O que se quer afirmar é que antes desta data, com certeza, não havia nascido a pretensão.

Não há prescrição dos pleitos indenizatórios, portanto.

De igual modo, não há prescrição a declarar em relação ao FGTS, porque o autor pleiteia apenas o FGTS devido nos períodos de afastamento previdenciários, que se deram todos no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

Por outro lado, oportunamente arguida, declaro a prescrição quinquenal das prestações pecuniárias que se tornaram exigíveis a partir de 07/04/2011, exatos 5 anos contados retroativamente ao ajuizamento da ação.

A prescrição alcança inclusive o FGTS incidente sobre as verbas prescritas, ante o seu caráter acessório (Súmula 206 do TST).

Observe-se, quanto às férias, o disposto no artigo 149 da CLT.

Doença ocupacional. Reintegração. Salários do período de garantia de emprego. Restabelecimento do convênio médico

O laudo médico pericial (fls. 1161 e seguintes) constatou que as lesões sofridas pelo reclamante possuem nexo causal com o labor desenvolvido na ré.

Em que pese tenha impugnado o laudo pericial, a recla-

mada não apresentou nenhum elemento técnico ou de prova para desconstituir a conclusão do perito, não tendo sequer apresentado parecer de assistente técnico.

Ademais, o laudo do perito é corroborado pela perícia realizada perante a autarquia previdenciária, que concedeu, em 04/05/2016, auxílio-doença por acidente de trabalho (código 91 - fl. 1094), vinculando, portanto, a doença ao labor.

Assim, considerando que incontestavelmente o autor esteve afastado para percepção de benefício previdenciário por mais de quinze dias, está configurada o acidente de trabalho atípico, consubstanciado na doença ocupacional, na forma do artigo 20, II, da Lei n. 8.213/91.

Outrossim, considerando que o autor estava incapacitado para o trabalho ao tempo da sua dispensa por iniciativa patronal sem justa causa (o que é corroborado pelo laudo pericial médico e pela concessão do benefício previdenciário em 04/05/2016, com vigência até 25/11/2016 - vide ofício de fl. 1094), ele era detentor de garantia de emprego, na forma do artigo 118 da Lei n. 8.213/91 e da Súmula n. 378 do TST.

Além disso, a norma coletiva da categoria (fls. 45 e seguintes), aplicável ao caso em voga, também prevê a garantia de emprego, inclusive em condições mais favoráveis ao empregado.

Não se aplica, contudo, a cláusula 44 (pois seu parágrafo único expressamente afasta a sua aplicação aos portadores de doença ocupacional), mas sim a cláusula 46, específica para os empregados que contraem doença profissional ou ocupacional.

Não há nenhuma nulidade na norma coletiva no aspecto, pois a diferenciação entre acidente típico e atípico é razoável, o sendo também o tratamento jurídico dado às duas espécies acidentárias, ambas em condições melhores às previstas na lei. Com fulcro nos princípios da autonomia privada coletiva (CRFB, artigo 7º, XXVI) e do conglobamento, considero válida a distinção posta na norma coletiva.

A cláusula 46 prevê garantia de emprego de 21 (vinte e um) meses após a alta médica, já incluso no cômputo o período de doze meses de que trata a Lei n. 8.213/91.

Assim, considerando a alta previdenciária do autor apenas em 25/11/2016, ele possuía garantia de emprego até 25/08/2018, de modo que declaro nula a sua dispensa em 18/11/2015.

Inviável a reintegração ao emprego, porque já exaurido o período de garantia (Súmula 396, I, do TST) e também porque foi decretada a falência da reclamada, inviabilizando o retorno do empregado ao posto de trabalho, converto a reintegração em indenização, condenando a ré a pagar ao empregado, de modo indenizado, os salários devidos desde a dispensa (18/11/2015) até 25/08/2018, os quais deverão ser acrescidos de férias (com 1/3), décimo terceiro salário, FGTS (mais 40%) e as diferenças de aviso prévio (nove dias a mais, em virtude da recontagem do tempo de serviço).

Não há como deferir a inclusão do adicional noturno, do adicional de insalubridade e das horas extras na base de cálculo da indenização, na medida em que se tratam de salário condição, que somente são devidos quando o empregado está sujeito à condição mais gravosa, o que não ocorre quan-

do ele não está trabalhando.

Veja-se que a jurisprudência do TST já sedimentou entendimento no sentido de que não configura redução salarial ou alteração ilícita do contrato de trabalho a reversão do empregado ao período diurno e a supressão do pagamento de adicional de insalubridade quando elididos os seus efeitos.

Por fim, inviável a determinação do restabelecimento do convênio médico, tendo em vista que se trata de obrigação acessória ao contrato de trabalho, extinguindo-se com o principal (artigo 92 do CC).

Acolho em parte, nos termos acima.

Acúmulo de função

O pedido de “plus” salarial por acúmulo de funções pressupõe alteração contratual com acréscimo indevido de tarefas no decorrer do contrato, de forma a exigir maior responsabilidade ou desgaste do empregado, o que não está configurado no caso.

Com efeito, sequer há prova de que o reclamante realizou funções diversas das atinentes ao seu cargo.

A única testemunha ouvida disse que “que desconhece se o reclamante exercia outras atividades, além de operador de máquina”.

No mais, o pedido do autor carece de amparo legal, cabendo ressaltar que a CLT contém norma expressa no sentido de que, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal (artigo 456, parágrafo único).

Anoto não haver locupletamento da empresa, pois ela pagava por tempo (salário horário) e não por tarefa, de modo que todas as tarefas realizadas pelo autor no seu horário de trabalho já foram remuneradas.

Rejeito.

Equiparação salarial

Comparando as fichas salariais do reclamante (fl. 432) e do paradigma Antônio Carlos Leite (fl. 512), constata-se que ambos receberam salário idêntico por todo o período impreso, de modo que não há falar em diferenças salariais.

Rejeito.

Duração do trabalho

A reclamada juntou os controles de ponto do autor às fls. 480 e seguintes, os quais contemplam o registro de horários variáveis e a prestação de horas extras, em quantidades variáveis.

Em depoimento pessoal, o autor afirmou que “anotava corretamente os horários no cartão de ponto” (fl. 1237).

Considero, portanto, que a jornada de trabalho está fielmente estampada nos controles de ponto.

Analisando referidos documentos, constato que há registros de horas extras, em quantidade variáveis. De outro lado, os recibos de pagamento também contemplam o pagamento de horas extras, também em quantias variáveis.

Por sua vez, o autor demonstrou diferenças no pagamento (fls. 1075-1078).

De outro lado, a menção nos controles de ponto a um suposto banco de horas não é relevante ao deslinde do feito, seja porque a ré nada disse a esse respeito em contestação (sendo certo que se trata de fato impeditivo ou modificativo do direito obreiro e, por isso, deveria ser aventado em defesa), seja porque não há nos autos a norma coletiva autorizando a sua implementação, requisito indispensável de sua validade ao tempo dos fatos, conforme Súmula 85, V, do TST.

Pelo exposto, acolho o pedido, condenando a ré ao pagamento das horas extras acima da 8ª hora diária e 44ª hora semanal (não cumulativamente), acrescidas do adicional de 50% (nos limites do pedido).

As horas extras prestadas em domingos e feriados, quando não compensados, serão remuneradas com adicional de 100%.

Por outro lado, os controles de ponto revelam que houve regular concessão do intervalo intrajornada e o autor confessou em seu depoimento que usufruía uma hora de intervalo, razão pela qual rejeito o pedido respectivo.

Para a apuração das horas extras, deverão ser levados em consideração a evolução salarial do empregado e os dias efetivamente trabalhados.

Desnecessária a fixação de divisor, pois o autor era horista.

A despeito de o autor ser horista, as horas serão remuneradas com o valor normal mais o adicional, porque assim procedeu a empresa ao tempo do contrato de trabalho, de modo que deferir apenas o adicional acarretaria distorção nos cálculos, já que os valores pagos (a ser abatidos) levaram em consideração o valor da hora normal mais o adicional.

A base de cálculo, de acordo com a Súmula 264 do TST, será composta do salário base, acrescido do adicional de insalubridade (para o cálculo do valor horário deste, utilize-se o valor pago dividido por 220).

Observe-se a hora noturna reduzida (52min30seg) para o labor após as 22h. Para o cálculo da hora extra noturna observe-se, ainda, que o adicional noturno deverá compor a sua base de cálculo (OJ 97 da SDI-1 do TST).

Ante a habitualidade, são devidos reflexos das horas extras acima deferidas no DSR, nas férias + 1/3, 13º salário, aviso prévio indenizado e FGTS (com a indenização compensatória de 40%), vedada a incidência de reflexos sobre reflexos, em respeito à OJ n. 394 da SDI-1 do TST, que é aplicável no presente caso, tendo em conta a modulação dos efeitos pela SDI-1 do TST no julgamento do IRR 10169-57.2013.5.05.0024, em 14/12/2017.

Incabíveis reflexos no adicional de periculosidade (porque não houve pagamento a este título), no adicional de insalubridade e no adicional noturno (para evitar o *bis in idem*, já que estas duas verbas compõem a base de cálculo das horas extras) e nas horas extras e feriados (vez que impossível uma verba refletir sobre ela mesma).

Deduzam-se os valores recebidos ao mesmo título, mês a mês, em respeito ao artigo 459 da CLT, que impede o pagamento do salário em periodicidade superior à mensal.

Não se aplica ao caso a OJ n. 415 da SDI-1 do TST, porque ela foi gestada para situação fática diversa, qual seja, aquela em que a jornada é fixada pela média em sentença, quando então não se estaria calculando de modo exato as horas

extras devidas em um mês, sendo de se presumir que em alguns meses serão apuradas horas extras a mais que as efetivamente prestadas e em outros meses serão apuradas em montante superior.

Todavia, como no caso presente a jornada será apurada a partir dos controles de ponto anexados aos autos, que representam a efetiva jornada de trabalho, o que a empresa pagou em um determinado mês não pode ser abatido dos valores apurados nos demais meses, porque não há dúvida de que o pagamento se refere especificamente ao valor apurado naquele mês.

Portanto, como a jornada será apurada a partir dos controles de ponto, deixo de aplicar a OJ 415 da SDI-1 do TST, em razão do *distinguishing* apontado, determinando-se o abatimento mês a mês.

Acolho, nos termos acima.

Doença ocupacional. Responsabilidade civil

Como vista acima, foi reconhecido o nexa causal entre as moléstias sofridas pelo autor e o labor na empresa reclamada.

Outrossim, a culpa da reclamada ficou evidenciada no laudo pericial e na prova oral. Senão vejamos.

Ao responder ao quesito n. 22 do reclamante, disse o perito que: “Os esforços não foram avaliados e mensurados de maneira adequada, portanto há culpabilidade da Empresa” (fl. 1191).

Em audiência, o preposto da ré afirmou que “não havia pausas além do intervalo intrajornada” e que “não havia revezamento de funções nas atividades do reclamante”. Ou seja, o reclamante ficava o tempo todo, sem descanso, fazendo os mesmos movimentos, o que evidentemente contribuiu para o surgimento das moléstias.

Assim, a ré deixou de observar a NR 17.6.3, b, que assim determina:

Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, e a partir da análise ergonômica do trabalho, deve ser observado o seguinte:

(...)

b) devem ser incluídas pausas para descanso;

Além disso, a única testemunha ouvida afirmou que:

(...); que trabalhou na reclamada de junho de 2007 a janeiro de 2016, como operador de máquinas; que o reclamante também era operador de máquina, máquina de montagem de trilho de acetos automotivos; que o trabalho era manual, tendo que colocar as peças na máquina, que depois a máquina fechava o trilho para que ele se encaixasse; que também era necessário colocar uma placa na peça antes de colocar na máquina e depois retirava a peça e passava para o próximo processo, que era feito por um outro funcionário; que fazia cerca de mil peças cada empregado, de duas em duas; que o trabalho era feito em pé; que havia um tempo determinado para a realização da atividade porque deveria produzir mil peças por dia; que não havia pausa além do intervalo intrajornada; que não havia ginástica laboral, nem houve treinamento para a função; que não havia pouca necessidade de elevação dos braços acima da linha dos ombros; que somente

abaixava quando ia abastecer as caixas, cerca de três a quatro vezes por hora; que havia necessidade de torcer o tronco para pegar objetos de lado, não havendo necessidade de puxar e empurrar; que não havia revezamento nas atividades, sendo sempre as mesmas; (...) (fls. 1233-1234).

Ou seja, a reclamada exigiu do reclamante trabalho manual, em pé e com intenso volume produtivo (cada empregado deveria produzir mil peças por dia), com membros superiores elevados na maior parte do tempo, sem conceder pausas para descanso, sem fornecer ginástica laboral e sem fazer revezamento das atividades, contribuindo culposamente para o infortúnio laboral.

Evidente, pois, que a reclamada não tomou medidas para diminuir os riscos ocupacionais, não implementando práticas para elidir o surgimento da moléstia ortopédica que acometeu o autor, causadas pelo intenso ritmo de trabalho e pelas condições ergonômicas inadequadas.

Desse modo, a reclamada, ao exigir a prestação de trabalho nestas condições, assumiu os riscos de causar as lesões que acometeram o autor.

Em suma, a ré não cumpriu e fez cumprir, a contento, as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como não instruiu a contento os seus empregados no sentido de prevenir o surgimento da doença ocupacional (CLT, artigo 157, I e II).

Diante do exposto, caracterizados o ato ilícito, a culpa da ré, o nexa causal, há o dever de indenizar os danos daí advindos.

Pensão mensal

O perito médico afirmou que o autor “Os déficits são permanentes e parciais, Não poderá exercer sua atividade laboral habitual, podendo ser reabilitado para outras funções que não exijam esforços dos segmentos afetados” (fl 1191).

Dita o art. 950 do CC:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

O dispositivo legal deixa evidente que a indenização deve levar em conta o ofício ou profissão do ofendido, sendo irrelevante que o empregado possa realizar outras funções, porque os princípios *neminem laedere* e *restitutio in integrum*, positivados nos artigos 186, 187, 927 e 944 do Código Civil, determinam que não é dado a ninguém lesar outrem e que, em havendo dano, ele deve ser integralmente restituído, restabelecendo o ofendido ao *status quo ante*. E não pode o empregado ser obrigado a aprender outro ofício ou profissão se sua inabilitação decorre de ato culposo da reclamada.

Por isso, embora o perito entenda possível a reabilitação para outras funções, a indenização deve levar em conta o salário integral do empregado, já que o autor não poderá exercer sua atividade laboral habitual.

De outro lado, afirmou o perito que o déficit funcional é permanente, de modo que a situação se mostra irreversível.

Quanto à forma de indenização, a despeito de o autor não pedir a fixação em parcela única, como lhe faculta o parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, não há julgamento *extra petita* se a fixação se der nestes termos pelo juiz na sentença, mormente quando o caso justifique essa modalidade de arbitramento da indenização.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. TST:

DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. O direito à indenização por dano moral e material encontra amparo no art. 186 do Código Civil, c/c o art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º da CF/88). Para que surja o dever de indenizar, impõe-se a concorrência de três requisitos: a conduta ilícita (dano), a culpa pela sua ocorrência e o nexa de causalidade entre o fato danoso e o prejuízo daí advindo. No caso, restaram demonstrados os elementos configuradores da responsabilidade civil do empregador, em especial o nexa causal entre as atividades desenvolvidas na empresa e o acidente de trabalho sofrido pelo empregado que o levou à morte. No que se refere à culpabilidade, é interessante destacar que, conforme inúmeros julgados desta 3ª Turma, “Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício” (RR-10897-77.2015.5.03.0091, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, DEJT 6/6/2014). No caso, verifica-se que o empregado laborava transportando implementos agrícolas em caminhão, o qual, no dia do acidente, estava com mercadorias em excesso, o que o fez alcançar o cabo de rede elétrica de alta tensão em face da elevada altura atingida, ocasionando sua morte por descarga elétrica. Diante do quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, constata-se o nexa causal e, considerando-se que o empregador tem o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o acidente, desponta a premissa da culpa presumida da reclamada e, conseqüentemente, a configuração dos elementos que ensejam a responsabilidade civil (dano, nexa causal e culpa empresarial). Recurso de revista não conhecido. JULGAMENTO EXTRA PETITA. DANO MATERIAL. PAGAMENTO DE PENSÃO EM PARCELA ÚNICA. A leitura do art. 950, caput e parágrafo único, do Código Civil deixa transparecer que a parcela em comento, em tese, pode ser quitada em parcela única, segundo a preferência do ofendido. No entanto, a

jurisprudência desta Corte vem decidindo que se trata de mera preferência do empregado e não de direito potestativo e absoluto, sendo que a apreciação da matéria é realizada caso a caso, segundo o livre convencimento do magistrado, em homenagem ao princípio da persuasão racional previsto no art. 371 do CPC de 2015. Com efeito, a decisão sobre a forma de pagamento da indenização em questão deve levar em conta, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o caráter pedagógico da medida, os benefícios à vítima e a capacidade econômica do ofensor. Assim, sendo facultade do julgador, conforme as circunstâncias dos autos, determinar que a indenização seja paga de uma só vez, ou por meio de pensão mensal, não se configura o julgamento extra petita quando o julgador decide por uma das hipóteses previstas em lei (art. 950 do CCB). (TST; RR 0096600-65.2009.5.05.0661; 3ª Turma; Rel. Min. Alexandre de Agra Belmonte; DEJT 11.04.2017).

No caso presente, a reclamada teve a sua falência decretada no curso da demanda (fato que não havia como o empregado prever ao tempo do ajuizamento da ação, quando fez o pedido para pagamento de forma mensal), de modo que a fixação da pensão mensal em prestações sucessivas não se mostra viável, na medida em que o autor deveria habilitar mês a mês o seu crédito junto ao Juízo falimentar, correndo sérios riscos de não receber as parcelas futuras.

Até mesmo a constituição de capital prevista no artigo 533 do CPC seria de efetivação inviável na futura execução, na medida em que todo o patrimônio da ré está à disposição do Juízo Falimentar, não sendo possível destacar parte do patrimônio para vinculá-lo ao crédito do autor, para garantia de pagamento futuro.

Diante disso, entendo razoável a fixação da indenização da pensão mensal em parcela única.

Para fins de arbitramento da indenização, levo em consideração que o autor receberá os salários do período de garantia de emprego devidos até a data de 25/08/2018, sendo de se computar ainda a projeção do aviso prévio até 24/10/2018 (ante o já concedido pela ré e o incremento deferido acima), de modo que o prejuízo material do autor deve ser considerado apenas a partir de 25/10/2018.

O autor é nascido em 09/11/1976. Estava com quase 42 anos na data do término do contrato, em 24/10/2018. O IBGE lista a expectativa de sobrevida dos homens com esta idade em 35 anos (conforme consulta ao sítio eletrônico: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=resultados>).

Deve ser considerado o valor do salário base do autor (R\$2.824,80), acrescido de 1/12 relativo ao décimo terceiro salário “mensalizado” (R\$235,40), de 1/36 relativo ao terço de férias (R\$78,47) e de 8% do FGTS (R\$225,98), totalizando R\$3.364,65.

Adicional noturno, horas extras e adicional de insalubridade não entram no cálculo, pois são salário condição, somente sendo devidos quando o empregado está sujeito à condição mais gravosa.

Para fins de arbitramento da indenização, penso que o cor-

reto é considerar que o pagamento feito de uma só vez fornece uma renda mensal que, *somada* ao “capital principal”, seja equivalente, ao final do período relativo à indenização, aos meses de parcelamento. Em suma: principal pago de uma só vez + renda desse principal = valor da parcela multiplicado pelo período a que se refere a indenização.

Desse modo, adoto a seguinte fórmula, sugerida por Fábio Luiz Pereira da Silva (*in* Revista LTr, 78-02/183):

Para fins deste trabalho, utilizaremos ferramenta gratuita e disponível a qualquer interessado (LibreOffice Calc, Versão 4.1.0.4, disponível em <http:pt-br.libreoffice.org/>, acesso em 17 de dezembro de 2013). Entretanto, diversas planilhas eletrônicas existentes no mercado (gratuitas ou não), dispõem da mesma ferramenta, sendo certo que o autor do presente artigo efetivou os cálculos adiante em 3 (três) sistemas diferentes, alcançando o mesmo resultado.

Vamos utilizar como parâmetro, o exemplo de Stoco, retrocitado (pensão mensal fixada em R\$ 1.000,00, devida por 49 anos), quando, por uma simples multiplicação (49 x 12 x 1.000,00), apurou a quantia em parcela única de R\$588.000,00 (quinhentos e oitenta e oito mil reais). Em verdade, se incluirmos o necessário 13º salário, chegaríamos a R\$ 637.000,00 (seiscentos e trinta e sete mil reais).

Com estes parâmetros, na planilha eletrônica do LibreOffice, no menu Inserir, busca-se pela Opção Função, seguindo até a aquela denominada “VP”, que calcula o “valor presente” de um investimento. Obrigatório um duplo clique em “VP”, pois aparecerão os campos a serem preenchidos.

A fórmula é a seguinte: VP = (Taxa; NPER; Pgto; VF; Tipo); onde: VP é o valor presente que se busca, taxa é a taxa de juros do período (que deve ser dividida por este, caso não seja mensal - ex.: 5%/12 meses ou 0,4166667%), NPER é o período de tempo do investimento em meses, Pgto corresponde ao valor dos pagamentos mensais invariáveis, ou seja, o valor da pensão fixada. VF e Tipo não são elementos necessários ao nosso cálculo, razão pela qual serão desprezados (mas são citados porque aparecem na tela da planilha). Aplicando-se a fórmula, com os parâmetros retro, tem-se:

VP = (6,32%/12;637;-1.000,00), donde se chega a um cálculo de “valor presente” no importe de R\$ 183.185,55 (cento e oitenta e três mil, cento e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos).

Portanto, partindo-se dos parâmetros retro e utilizando-se como taxa de aplicação financeira a caderneta de poupança (visto que o credor poderá aplicar em outro tipo de investimento, mais vantajoso), tem-se fórmula eficaz, rápida e célere para arbitramento de indenização por danos materiais, justa e equilibrada, que antecipará pagamentos ao credor e será, efetivamente menos drástica ao devedor.

Ou seja, o valor a ser arbitrado deve ser igual ao *valor presente do investimento*.

VP = taxa; NPER; Pgto

Onde:

- VP é o valor presente que se pretende atribuir;
- taxa é a taxa de juros do investimento.
- Para o cálculo, utilizaremos a taxa de 0,005, que corresponde à taxa mensal da caderneta de poupança;
- NPER é o número de meses do investimento.
- Para o cálculo, utilizaremos 420, que corresponde a 35 anos de sobrevivência do autor, multiplicado por 12.
- Pgto é o valor da parcela mensal. Neste caso, R\$3.364,65.
- Assim: VP = 0,005; 420; 3.364,65

VP é R\$590.093,08

Diante do exposto, condeno a reclamada a pagar ao autor indenização material no importe de R\$590.093,08 (quinhentos e noventa mil e noventa e três reais e oito centavos).

Juros e correção monetária a partir de 25/10/2018, que é a data inicial do cálculo da indenização em cota única.

Diante da fixação em parcela única, desnecessária a constituição de capital.

Acolho, nos termos acima.

Fixação dos danos morais

O dano é tanto de ordem material, como de ordem psicológica. Isto porque o autor se sujeitou a tratamento cirúrgico, fisioterápico e medicamentoso e ainda convive e conviverá com as dores típicas das lesões que ostenta. Tudo isso lhe causou e possivelmente continua causando dor e sofrimento físico e psíquico, pelo que faz jus a uma *compensação* pecuniária.

Considero, para a fixação, o grau de culpa da ré, que considero alto, já que a instrução processual evidenciou que a empresa reclamada foi negligente no cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalhador.

A propósito, a contestação deixa claro que a ré tem por norte a supremacia do interesse econômico, ainda que à custa da saúde dos seus empregados. Com efeito, extraio da defesa o seguinte excerto:

Apesar de não ser a Reclamada uma entidade sem fins lucrativos, que possa abrir mão da produtividade dos seus funcionários, nem por isso deixa de ser uma empresa moderna, que busca a adesão consciente de seus colaboradores aos objetivos econômicos do estabelecimento comercial, o que implica em manter relações de trabalho dentro dos limites impostos pela ética, com respeito aos direitos dos trabalhadores (fl. 418 - destaquei).

Ou seja, para a ré, cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho é “abrir mão da produtividade”, transformando-se em “entidade sem fins lucrativos”.

Não se pode tolerar esse tipo de conduta em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da

livre iniciativa (CRFB, artigo 1º, III e IV).

Por fim, tendo em vista que a indenização se refere a fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei n. 13.467/2017, não se aplica o disposto nos artigos 223-A a 223-G da CLT.

Assim, tendo em conta a extensão do dano de *origem ocupacional*, também tendo em conta o grau de omissão da ré, o caráter compensatório e reparatório que deve ser observado na fixação da compensação pecuniária, a condição do ofendido e a da ofensora, fixo o valor da indenização por danos morais em R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Juros a partir do ajuizamento da ação e correção monetária a partir desta, conforme Súmula 439 do TST.

Acolho, nestes termos.

FGTS

A reclamada não nega a inexistência de depósitos de FGTS nos períodos de afastamento previdenciário, atraindo a incidência do artigo 341 do CPC.

De outro norte, embora alguns benefícios previdenciários tenham sido concedidos na modalidade auxílio-doença previdenciário (código 31) e outros na modalidade acidentária (código 91), a natureza acidentária dos afastamentos foi reconhecida nesta sentença.

Dessa forma, acolho o pedido do autor para condenar a ré a depositar o FGTS relativos aos períodos de afastamento para percepção do benefício previdenciário (Lei n. 8036/90, artigo 15, § 5º), à razão de 11,2% (já incluída a indenização compensatória de 40%).

Justiça Gratuita

Ao tempo do ajuizamento da ação, bastava a mera declaração do reclamante para a concessão da justiça gratuita (Súmula 463 do TST), requisito cumprido nos presentes autos (fl. 23).

Portanto, defiro ao autor o benefício da justiça gratuita.

Honorários advocatícios

A presente demanda foi ajuizada em 07/04/2016, anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, de modo que inaplicável o quanto disposto no art. 791-A, da CLT, prevalecendo as disposições da Súmula 219 do TST.

Destarte, considerando que o empregado não está assistido pelo Sindicato de classe, são indevidos honorários advocatícios nos presentes autos.

Honorários periciais

Arbitro honorários ao Perito Médico EDEN CARLOS NARDI FILHO, considerando o grau de zelo e o tempo despendido para execução das tarefas, em R\$ 1.500,00, a cargo da reclamada, sucumbente no objeto da prova pericial.

Eventuais valores antecipados ao perito deverão ser abatidos do valor ora arbitrado.

Correção monetária e juros de mora

A correção monetária é devida desde o momento em que o credor poderia legalmente exigir a parcela, até que ocorra o efetivo pagamento.

Quanto ao índice de correção monetária, em decisão proferida no dia 4 de agosto de 2015 (processo nº TST-Ar-gInc-479-60.2011.5.04.0231), com efeito modulatório, o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) declarou inconstitucional a atualização dos valores pela Taxa Referencial (TR), índice previsto no Art. 39 da Lei 8.177, de 1991, determinando a adoção do Índice de Preços ao Consumidor Amplo-Especial (IPCA-E)”.
Na sequência, o E. Ministro Dias Toffoli proferiu decisão liminar na Reclamação Constitucional n. 22.012, suspendendo os efeitos da decisão proferida pelo Pleno do TST.

Todavia, em sessão do dia 06/12/2017 a 2ª Turma do STF julgou improcedente a referida reclamação, de modo que a decisão liminar antes deferida perdeu eficácia.

Portanto, voltou a prevalecer a decisão do Tribunal Pleno do TST que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da aplicação da TRD, a partir de 25 de março de 2015, e determinou sua substituição pelo IPCA-E no Sistema Único de Cálculos da Justiça do Trabalho.

A partir disso, considerando a *ratio decidendi* da decisão do TST, não é constitucional o § 7º do artigo 879 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, pois repete, em termos materiais, o conteúdo do dispositivo legal declarado inconstitucional pela Corte Superior Trabalhista e referendada pelo Pretório Excelso.

Em conclusão, o índice de correção monetária a ser utilizado, em respeito às decisões do TST e do STF acima referidas, é o IPCA-E a partir de 25/03/2015, mantendo-se a TR até 24/03/2015.

Os juros de mora, de 1% ao mês, de forma simples (art. 39 da Lei 8.177/91), serão devidos a partir do ajuizamento da presente, sobre o principal corrigido monetariamente, na forma do art. 883 da CLT, e súmula 200 do C. TST.

Os juros de mora deverão ser apurados somente após a dedução das contribuições previdenciárias (cota do empregado) e fiscais.

Contribuições previdenciárias e fiscais

A Justiça do Trabalho é competente para ordenar a retenção das contribuições fiscais incidentes sobre os rendimentos pagos na execução das decisões que proferir (artigos 46 da Lei 8.541/92 e 28 da Lei 10.833/2003 e Súmula 368 TST), assim como para executar de ofício (CF, art. 114, inciso VIII; artigo 876, parágrafo único, da CLT), as contribuições sociais previstas no artigo 195 da CF/1988 (incisos I, “a”, e II), com os seus respectivos acréscimos legais, devidas em função das decisões que proferir, nessa condição se inserindo também a contribuição referente ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), que tem natureza de contribuição para a seguridade social (arts. 114, VIII, e 195, I, a, da CF), nos termos da Súmula 454 do C. TST.

De outro lado, a competência da Justiça do Trabalho não alcança a cobrança de contribuições previdenciárias sobre salários pagos no decorrer do contrato de trabalho, nos termos do parágrafo único do artigo 876 da CLT, na redação dada pela Lei n. 13.467/2017, e da Súmula 368, I, do TST.

Igualmente, não possui competência para execução das

Em resumo:

contribuições compulsórias destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (terceiros), uma vez que previstas no artigo 240 do CF/88, não se incluindo, portanto, nos limites do art. 195, incisos I e II, da CF/88.

O cálculo da contribuição previdenciária deverá observar o §4º do art. 276 do Decreto 3.048/99, que dispõe que “A *contribuição do empregado no caso de ações trabalhistas será calculada, mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição*”. As verbas sobre as quais haverá, ou não, incidência de contribuição previdenciária, são aquelas descritas no art. 28 da Lei 8.212/91.

Cada parte deverá arcar com a sua quota de contribuição. Observe-se que, nos termos da jurisprudência do C. TST, ante a nova redação do § 3º do artigo 43 da Lei n. 8.212/91 (na redação dada pela MP 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009), para os serviços prestados a partir de 05/03/2009, os juros de mora e a correção monetária das contribuições previdenciárias se dá pela incidência da taxa SELIC a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da efetiva prestação dos serviços, sendo que a multa é devida somente depois de exaurido o prazo da intimação para o seu pagamento, ou seja, a partir do primeiro dia subsequente ao término do prazo de 48 horas para pagamento, após a citação, limitada a 20% (art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96) (TST-E-ARR-4001138-73.2010.5.03.0001, SBDI-I, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 23.2.2017; OJ EX n. 24,XVI, SE TR-T-PR).

No que concerne ao imposto de renda, observar-se-á que o imposto será retido e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos e tributáveis.

Os juros de mora não serão tributados, consoante entendimento do C. TST (OJ SDI I n. 400).

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto: (i) rejeito as preliminares de incompetência material, inépcia da inicial e carência de ação; (ii) pronuncio a prescrição quinquenal das prestações pecuniárias exigíveis anteriormente a 07/04/2011; (iii) **ACOLHO EM PARTE** as pretensões deduzidas por **AGEU SOUSA SILVA** em face de **KEIPER TECNOLOGIA DE ASSENTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, condenando a ré ao pagamento ao reclamante de indenização por danos morais no valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), pensão mensal em parcela única, no valor de R\$590.093,08 (quinhentos e noventa mil e noventa e três reais e oito centavos), indenização do período de garantia de emprego, horas extras (com reflexos em DSR, férias mais 1/3, décimo terceiro salário, aviso prévio indenizado e FGTS mais 40%) e FGTS (mais 40%) incidente sobre o período de afastamento previdenciário; (iv) defiro a justiça gratuita ao reclamante; (v) condeno a ré ao pagamento de honorários periciais, no importe de R\$1.500,00.

Contribuições previdenciárias e fiscais, conforme fundamentação.

Custas, pela ré, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, de R\$800.000,00, no importe de

R\$16.000,00.

Intimem-se, sendo a ré inclusive por meio do administrador judicial.

Nada mais.

São Paulo, 04 de junho de 2019.

WILLIAN ALESSANDRO ROCHA

Juiz do Trabalho Substituto

I - RELATÓRIO

CONCEICAO RODRIGUES ajuizou Embargos de Terceiro em face de **MULLER DA SILVA SANTOS**, pleiteando a desconstituição da penhora havida sobre suas contas bancárias, decorrente de ordem emanada nos autos 0000003-70.2013.5.02.0372, nos quais o embargado figura como exequente e embargante foi incluída no polo passivo. Atribuiu R\$11.488,73 como valor da causa. Juntou documentos.

Citado, o embargado apresentou resposta.

Provas somente documentais.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Conhecimento

Conforme cópia de despacho de fls. 28-29, a embargante foi incluída no polo passivo da execução que se processa nos autos n. 0000003-70.2013.5.02.0372 sem a prévia instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de modo que ele é parte legítima para opor os presentes embargos, na forma do artigo 674, § 2º, III, do CPC.

Outrossim, os embargos são tempestivos e estão subscritos por procurador habilitado, razão pela qual deles conheço.

Mérito

Sustenta a embargante ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução que se processa nos autos principais. Argumenta, ainda, que não foi citada previamente à constrição patrimonial, o que, a seu ver, tornaria nula a penhora. Afirmar, também, que os valores bloqueados são impenhoráveis, pois se tratam de valores relativos ao benefício previdenciário recebido pela embargante, além de valores depositados em conta poupança.

Pois bem.

Quanto à suposta ilegitimidade passiva para responder à execução, não assiste razão à embargante, pois, como certificado pelo Sr. Oficial de Justiça à fl. 27, atualmente o estabelecimento comercial da empresa executada é representado pela firma individual constituída pela Sr. Conceição Rodrigues, embora de fato administrado pelo Sr. Adeilton e pela Sra. Neusa, respectivamente, genro e filha da embargante.

Assim, é evidente que a nova empresa foi constituída para tentativa de fraudar credores, tendo a embargante participação ativa na fraude perpetrada, já que constituiu firma individual em seu nome para continuidade das relações comerciais.

Dessa forma, tal como decidido por este Juízo nos autos principais (vide despacho de fls. 28-29), deve empresária individual responder pela dívida em execução, pois caracterizada a sucessão trabalhista, na forma dos artigos 10 e 448 da CLT.

Além disso, tendo em vista que se trata de empresária individual, cuja constituição de pessoa jurídica apenas se dá para fins fiscais, não tendo a firma personalidade jurídica própria, havendo confusão patrimonial entre a pessoa física da empresária e a firma por ela constituída, deve a Sra. Conceição Rodrigues responder pela dívida com seu patrimônio pessoal.

No que toca à alegação de nulidade por falta de citação, conforme se verifica da decisão de fls. 28-29, o bloqueio de bens se deu de modo cautelar, como preveem os artigos 301

do CPC e 855-A, § 2º, da CLT.

Por fim, quanto à impenhorabilidade dos valores bloqueados, destaco que foram três as contas com bloqueios de ativos: (i) conta poupança n. 013.00164538-8, da CEF, onde a embargante recebe benefício previdenciário, tendo sido bloqueado o valor de R\$950,70 (fl. 22); (ii) conta poupança n. 1020475-5, do Banco Bradesco (fl. 23), onde foi bloqueado o valor de R\$513,89; (iii) conta poupança n. 18712-5/500, do Banco Itaú (fl. 24), em que foi bloqueado o valor de R\$10.016,14.

De fato se tratam de contas poupança, sendo que na primeira a embargante recebeu seus proventos de aposentadoria.

O CPC prevê a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria no artigo 833, IV. Além disso, prevê a impenhorabilidade das contas poupança no inciso X do mesmo artigo.

Todavia, o § 2º do mesmo dispositivo legal excepciona as dívidas de prestação alimentícia, *independentemente de sua origem*, de forma que o crédito em execução nos autos principais, por ser de natureza alimentar, estaria a salvo da referida impenhorabilidade.

Observe-se que o CPC/2015 inovou em relação ao CPC Buzaid, incluindo o termo *independentemente de sua origem*, ao referir à execução de prestação alimentícia. Como a lei não tem palavras inúteis, deve-se interpretar a novel legislação no sentido de que buscou aumentar a proteção dos créditos alimentares, não comportando mais a interpretação restritiva que antes se fazia ao termo “prestação alimentícia”, de modo que, a partir da vigência do CPC/2015, não se pode restringir a exceção da impenhorabilidade apenas às prestações alimentícias decorrentes do direito de família, pois é preciso atribuir algum sentido ao termo “independentemente de sua origem”. Assim, as dívidas alimentares decorrentes do direito do trabalho também estão incluídas no conceito de prestação alimentícia de que trata o CPC/2015, notadamente no § 2º do artigo 833.

A propósito, houve sutil alteração na OJ 153 da SDI-2 do TST, que, atualizada em 21/02/2017 em razão do NCPD, passou a fazer referência expressa apenas ao CPC/1973. Veja-se:

153. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC DE 1973. ILEGALIDADE.(atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 220/2017, DEJT divulgado em 21, 22 e 25.09.2017

Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC de 1973 contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC de 1973 espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

Se o C. TST quisesse manter o entendimento após a vigência do CPC/2015 teria feito referência expressa na orientação jurisprudencial. Assim, o seu silêncio quanto ao período pos-

terior ao novo CPC deve ser entendido como nova interpretação acerca da matéria, à luz da nova legislação.

Pode-se dizer, pois, que a nova redação da OJ 153 da SDI-2 do TST aponta duas diretrizes hermenêuticas assentadas por aquele Colendo Tribunal: (i) impenhorabilidade dos créditos em conta poupança inferiores a 40 salários mínimos na vigência do CPC/1973, inclusive para execução de crédito trabalhista; (ii) penhorabilidade dos créditos em conta poupança para pagamento de crédito trabalhista na vigência do CPC/2015.

Essa alteração na jurisprudência do C. TST fica mais evidenciada na elucidativa ementa abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA INCIDENTE SOBRE PERCENTUAL DO SUBSÍDIO RECEBIDO MENSALMENTE PELO IMPETRANTE. DETERMINAÇÃO EXARADA NA VIGÊNCIA DO CPC DE 2015. ARTIGO 833, IV E § 2º, DO CPC DE 2015. OJ 153 DA SBDI-2 DO TST. LEGALIDADE. 1. A Corte Regional denegou a ordem postulada no mandado de segurança, impetrado contra ato judicial, exarado sob a égide do CPC de 2015, em que determinado o bloqueio mensal de 20% do subsídio do Impetrante. 2. Com o advento do CPC de 2015, o debate sobre a impenhorabilidade dos salários, subsídios e proventos de aposentadoria ganhou novos contornos, pois, nos termos do § 2º do artigo 833 do CPC de 2015, tal impenhorabilidade não se aplica “à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais”. Em conformidade com a inovação legislativa, a par de viável a apreensão judicial mensal dos valores remuneratórios do executado que excederem 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, tratando-se de execução de prestação alimentícia, qualquer que seja sua origem, também será cabível a penhora, limitado, porém, o desconto em folha de pagamento a 50% (cinquenta por cento) dos ganhos líquidos do devedor, por força da regra inserta no § 3º do artigo 529 do NCPC, compatibilizando-se os interesses legítimos de efetividade da jurisdição no interesse do credor e de não aviltamento ou da menor gravosidade ao devedor. A norma inscrita no referido § 2º do artigo 833 do CPC de 2015, ao excepcionar da regra da impenhorabilidade as prestações alimentícias, qualquer que seja sua origem, autoriza a penhora de percentual de salários e proventos de aposentadoria com o escopo de satisfazer créditos trabalhistas, dotados de evidente natureza alimentar. De se notar que foi essa a compreensão do Tribunal Pleno desta Corte ao alterar, em setembro de 2017, a redação da OJ 153 da SBDI-2, visando a adequar a diretriz ao CPC de 2015, mas sem interferir nos fatos ainda regulados pela legislação revogada. À luz dessas considerações, é de se concluir que a impenhorabilidade prevista no inciso IV do artigo 833 do CPC de 2015 não pode ser oposta na execução para satisfação do crédito trabalhista típico, devendo ser observado apenas que o desconto em folha de pagamento estará limitado a 50% (cinquenta por cento) dos ganhos líquidos do devedor, na forma do § 3º do artigo 529 do mesmo diploma legal. 3. No caso, na decisão censurada, exarada na vigência do CPC de

2015, foi determinado o bloqueio de 20% sobre o subsídio do Impetrante, até o limite de R\$48.667,65, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Amapá-AP, razão pela qual não há direito líquido e certo à desconstituição da constrição judicial. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TST - RO 340-38.2016.5.08.0000. Data de julgamento: 20/03/2018, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, SDI-2).

Logo, pelos motivos acima, não há falar em impenhorabilidade das contas poupanças mantidas no Bradesco e no Itaú (fls. 23 e 24).

De outro lado, quanto à conta poupança mantida na CEF, o valor bloqueado é exatamente o que havia sido depositado pelo INSS no dia 28/10/2019.

Nesse cenário, deve-se fazer uma leitura do referido dispositivo legal à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se viu, o valor recebido a título de proventos de aposentadoria pela embargante é de apenas R\$950,70, valor inferior a um salário mínimo nacional. Privar a embargante, que recebe líquido do INSS menos que um salário mínimo, do acesso aos seus proventos mensais seria ofensivo à sua dignidade, pois a deixaria sem acesso às suas necessidades básicas, cabendo ressaltar que se trata de pessoa idosa, atualmente com 73 anos de idade.

Assim, fazendo uma leitura do § 2º do artigo 833 da CPC à luz do caso concreto, é o caso de se aplicar a técnica do *defeasibility*, superando a aplicação da norma no caso específico, estritamente quanto aos valores recebidos a título de proventos de aposentadoria.

Diante do exposto, acolho em parte os embargos de terceiro, exclusivamente para determinar o desbloqueio do valor de R\$950,70, na conta n. 013.00154538-8, mantida junto à CEF.

Justiça Gratuita

A embargante demonstrar receber proventos de aposentadoria de apenas R\$950,70 mensais e declarou estar impossibilitada de pagar as custas processuais sem prejuízo de seu sustento.

Defiro-lhe o benefício da justiça gratuita, isentando-a do pagamento de custas e de honorários advocatícios.

O embargado já teve a justiça gratuita deferida nos autos principais.

Honorários advocatícios

A presente ação incidental foi ajuizada em 04/11/2019, já sob a égide da novel legislação trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017.

Aplicável, portanto, o quanto disposto no art. 791-A da CLT. Assim, ponderando a baixa complexidade da presente causa e os demais elementos constantes do parágrafo segundo do art. 791-A da CLT, condeno o embargado ao pagamento de honorários de sucumbência no importe de R\$47,53, equivalente a 5% do valor do crédito a ser desbloqueado.

De outro lado, tendo havido sucumbência parcial, condeno a embargante a pagar honorários de sucumbência ao patrono do embargado, no importe de R\$526,50, equivalente a 5% dos bloqueios mantidos.

Ante a concessão da justiça gratuita, a obrigação ora imposta ficará com sua exigibilidade suspensa e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado desta decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (CLT, artigo 791-A, § 4º).

Litigância de má-fé

Não vislumbro abuso no direito de litigar por qualquer das partes, tendo ambas se comportado de boa-fé no curso do processo.

Indefiro o requerimento de aplicação de multa.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, **ACOLHO EM PARTE OS EMBARGOS DE TERCEIRO** opostos por **CONCEICAO RODRIGUES** em face de **MULLER DA SILVA SANTOS**, para determinar o desbloqueio do valor de R\$950,70, na conta n. 013.00154538-8, mantida junto à CEF.

Custas, no importe de R\$44,26, a ser incluídos na conta geral dos autos principais.

Intimem-se as partes.

Transitada em julgado, certifique-se nos autos principais (0000003-70.2013.5.02.0372), trasladando cópia desta sentença.

Nada mais.

Mogi das Cruzes, 02 de dezembro de 2019.

WILLIAN ALESSANDRO ROCHA

Juiz do Trabalho Substituto

