

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 08 - 2014

**Direito do
Trabalho
e Processo
do Trabalho:
a efetividade
como horizonte
hermenêutico**

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

ANO 5 – Nº 8 – 2014

Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: a efetividade como horizonte hermenêutico

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora

Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: a efetividade como horizonte hermenêutico

Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: *HS Editora Ltda*

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

C122

Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – nº 1 (2009) – Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009.

Periodicidade irregular.
ISSN 2176-400X

Título do fascículo nº 08: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: a efetividade como horizonte hermenêutico. Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região.

1. Direito do Trabalho I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Escola Judicial.

CDU 34:331(81)

Catálogo na fonte: Coordenadoria de Documentação e Pesquisa –
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

HS Editora Ltda

Rua Almirante Barroso, 735 conj. 302
90220-021 – Porto Alegre – RS
Fone/Fax: (51) 3346.9222
e-mail: hseditora@hseditora.com.br
www.hseditora.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

Av. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO MATERIAL	
Coordenação: Desembargador Francisco Rossal de Araújo	
Terceirização de Serviços – Aspectos Relevantes – Discriminação <i>Maria Helena Lisot</i>	7
A Discriminação por Orientação Sexual nas Relações de Trabalho <i>Leandro Krebs Gonçalves</i>	15
A Concretude dos Princípios da Igualdade e da Solidariedade como Resposta à Discriminação por Doenças <i>Ana Julia Fazenda Nunes</i>	28
Princípio da Igualdade – Pessoas Portadoras de Deficiência <i>Rozi Engelke</i>	45
Equiparação Salarial <i>Max Carrion Brueckner</i>	63
A Discriminação do Preso Trabalhador <i>Evandro Urnau</i>	85
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO	
Coordenação: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira	
O Interesse Público Frente à Realidade Mundial do Emprego e seu Reflexo na Responsabilidade do Empregador quanto aos Danos Decorrentes de Acidente do Trabalho <i>Marcelo Gonçalves de Oliveira</i>	92
Responsabilidade Civil no Acidente do Trabalho e Doenças Ocupacionais – O Nexu Causal <i>José Renato Stangler</i>	101
A Responsabilidade Objetiva do Empregador por Acidente de Trabalho <i>Edson Moreira Rodrigues</i>	111

Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador pelo Acidente do Trabalho <i>Luciano Ricardo Cembranel</i>	177
O Problema da Atual Demarcação dos Limites da Responsabilidade Civil Objetiva na Esfera Trabalhista <i>Odete Carlin</i>	191
Natureza dos Danos Decorrentes do Acidente de Trabalho e Estudo dos Efeitos das Lesões Capazes de Ocasionar Danos Psíquicos Relacionados ao Acidente do Trabalho <i>Raquel Nenê Santos</i>	205
Indenização Decorrente do Acidente do Trabalho, com Enfoque nas Questões Relativas à Quantificação da Indenização por Danos Materiais na Hipótese de o Trabalho se Apresentar como uma Concausa da Moléstia Apresentada pelo Trabalhador e à Quantificação da Indenização do Dano Moral Acidentário, Inclusive quando Postulada pelos Familiares do Trabalhador Falecido <i>Rubiane Solange Gassen Assis</i>	218
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL	
Coordenação: Juiz Ben-Hur Silveira Claus	
O Princípio da Unirrecorribilidade (Singularidade) é Aplicável na Fase da Execução Trabalhista? <i>Manuel Cid Jardon</i>	226
A Desconsideração <i>Inversa</i> da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista e a Pesquisa Eletrônica de Bens de Executados <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	237
Embargos de Declaração: Análise sob a Perspectiva dos Princípios da Efetividade da Atividade Jurisdicional e da Duração Razoável do Processo <i>Ricardo Fioreze</i>	247
A Importância da Prisão do Depositário Judicial para a Efetividade da Execução Trabalhista – Necessária Revisão da Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal <i>Artur Peixoto San Martin</i>	260
A Execução em Face do Tomador dos Serviços quando não Participou da Fase de Conhecimento: Possibilidades <i>Rosâne Marly Silveira Assmann</i>	282
BACEN CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – Uma Valiosa Ferramenta para a Execução Trabalhista <i>Cesar Zucatti Pritsch e Gilberto Destro</i>	299

APRESENTAÇÃO

A leitura dos artigos que compõem o presente Caderno nº 8 da Escola Judicial do TRT da 4ª Região confere legitimidade à afirmação de Paulo Orval Partichelli Rodrigues, primeiro coordenador pedagógico de nossa Escola, de que a principal atividade da Escola Judicial radica nos seus Grupos de Estudos.

Assistir a uma palestra é importante. Entretanto, não costuma ser tão rico quanto o processo de debate informal que a dinâmica do Grupo de Estudos proporciona. De fato, a participação do magistrado em Grupo de Estudos implica pesquisa, reflexão crítica e interação no debate com os demais colegas, atividade que exige engajamento teórico e que demanda esforço do juiz já absorvido pela judicatura. A cada reunião mensal, um magistrado relata o tema que se transformará em potencial artigo a ser publicado. A publicação deste Caderno é o reconhecimento do esforço dos autores e um convite à reflexão de juízes e servidores.

O Grupo de Estudos de Direito Material concentrou suas reflexões iniciais sobre os fundamentos do princípio da igualdade, evoluindo então para o posterior enfrentamento de diversas questões específicas daí derivadas: equiparação salarial, discriminação por gênero, discriminação por cor, discriminação por condições físicas, discriminação por religião.

O Grupo de Estudos de Direito do Trabalho Contemporâneo foi saudado pela Escola Judicial por suprir sua necessidade de interiorização, de vez que tem suas reuniões na cidade de Passo Fundo, reunindo ainda magistrados de Santo Ângelo, Santa Rosa, Carazinho, Três Passos e Soledade. Funcionando em região onde não há especialização de Varas do Trabalho, a amplitude de temas possibilita o exame de questões decorrentes da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, bem como de temas revisitados a partir das conformações da sociedade contemporânea. O primeiro tema de estudo foi a responsabilidade civil em acidente de trabalho. Os estudos foram focados na responsabilidade objetiva e seus limites, nexos causal, danos psíquicos e quantificação das indenizações, oferecendo relevantes reflexões.

O fio condutor do Grupo de Estudos de Direito Processual foi a preocupação com a efetividade da jurisdição – fazer realizar o direito continua sendo nosso maior desafio. Essa preocupação ganhou expressão na abordagem dos seguintes temas: a aplicação do princípio da unirrecorribilidade na execução; a máxima efetividade a ser extraída dos embargos declaratórios; a questão da prisão do depositário judicial na perspectiva de *contempt of Court*; a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma em face da empresa tomadora de serviços; a utilização da ferramenta eletrônica BACEN – CCS na execução trabalhista; a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade executada.

Boa leitura!

Francisco Rossal de Araujo
Desembargador do Trabalho

Marcelo Gonçalves de Oliveira
Desembargador do Trabalho

Ben-Hur Silveira Claus
Juiz do Trabalho

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS – ASPECTOS RELEVANTES – DISCRIMINAÇÃO

MARIA HELENA LISOT*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Histórico; 3 Questões legais; 4 Vantagens e desvantagens para a empresa; 5 Vantagens e desvantagens para os funcionários; 6 Discriminação propriamente dita e preconceito contra os trabalhadores terceirizados; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A terceirização está sendo cada vez mais utilizada pelas mais diversas empresas. Sua importância e amplitude vêm sendo discutidas por várias áreas das Ciências Sociais e Humanas porque afeta inúmeros setores da sociedade. De forma sintetizada, a terceirização é o processo de uma empresa passar a outros (seja uma empresa distinta, uma cooperativa ou trabalhadores autônomos) atividades que não são essenciais ao seu funcionamento, ou seja, que não são parte de suas atividades-fim.

A globalização, crises econômicas e a evolução social são uns dos causadores de inúmeras mudanças sociais as quais interferem diretamente no mundo jurídico, em especial, o trabalhista.

Vê-se que, com o passar dos anos, houve inúmeras mudanças no direito trabalhista em face de todos esses eventos sociais e econômicos.

A população mundial aumentou, contudo, a lei de oferta e procura no meio trabalhista não evoluiu a contento, o que resultou no aumento do desemprego.

Este foi um dos motivos para o nascimento da terceirização, de pronto simplificando a vida do empregador dando-lhe mais mão de obra e menos custos para mantê-la, com aumento do seu capital sem maior esforço.

Na prática, entretanto, a terceirização tornou-se um problema para o direito, pois o seu expressivo crescimento nos últimos anos veio a ameaçar a figura do empregado, retirando-lhe a segurança jurídica.

Este sistema, a terceirização, acabou sendo uma forma do empregador pagar menos pelo trabalho de que necessita, pois não lhe é exigido o recolhimento de tributos e dos encargos previdenciários decorrentes desta relação trabalhista.

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Como atualmente a terceirização está voltada à economia, não está ocorrendo a necessária preocupação com a proteção aos direitos do trabalhador, inclusive de direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, comumente ignorados, tal como a isonomia salarial.

Diante desta nova realidade, os trabalhadores vêm se sujeitando à terceirização como forma de trabalho, tendo, na maioria das vezes, que trabalhar em condições inferiores às asseguradas constitucionalmente, abdicando de direitos trabalhistas em razão das peculiaridades desta modalidade de prestação de trabalho.

2 HISTÓRICO

A terceirização não é uma prática nova. Sabe-se que desde a era Feudal era praticada. As divisões de terras exercidas entre os senhores feudais e seus vassalos podem ser consideradas como um processo de terceirização de serviços. Em seu sentido estrito, esta prática é vista em todas as épocas e formas de produção, mas se tornou lucrável a partir da ascensão do capitalismo, que pressupõe a venda da força de trabalho dos trabalhadores em troca de remuneração.

No entanto, a terceirização, como se conhece hoje, sendo praticada entre empresas e outras entidades visando objetivos bem delimitados e com divisão teoricamente bem estabelecida, começou a ser praticada após a II Guerra Mundial, e ainda mais especificamente, a partir da década de oitenta.

A partir de então, a velocidade das informações aumentou imensamente, o mundo “diminuiu” de tamanho, as fronteiras se tornaram menos separatistas e os consumidores cada vez mais exigentes em relação aos produtos e serviços que desejam consumir. A competição entre as empresas já não se dava entre àquelas situadas no mesmo local, ou mesmo país – a concorrência era entre organizações de várias partes do mundo. As privatizações consistem em mais um fator que fez aumentar essa concorrência.

Surgia, então, o neoliberalismo – o sistema econômico que diminuía a participação do Estado dando à iniciativa privada a função de concorrer livremente para ganhar e manter mercados.

O neoliberalismo também foi responsável pelo crescimento do mercado de capitais, que exige resultados ainda mais rápidos, quase imediatos. O que gerou, o modo de gerenciamento chamado nos anos oitenta de “*Just in Time*”.

Desde então, todos esses fatores citados anteriormente foram aprofundados, afetando ainda mais o modo de comportamento das empresas. A internet teve seu “boom” nos anos 90 e as organizações precisaram se adaptar à nova forma de comportamento e de comércio, ainda mais rápida e imediatista.

A terceirização foi usada, num primeiro momento, em setores de higiene e organização, mas com a popularização da internet nas mais variadas camadas sociais, as empresas passaram a investir nos seus setores de informática. Este também foi o caminho seguido na área do marketing, que depois da II Guerra Mundial viu seu papel crescer imensamente.

3 QUESTÕES LEGAIS

Conforme o art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumido os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Segundo o artigo 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário.”

Dessa definição legal, obtêm-se quatro requisitos para a caracterização do empregado: É necessário ser pessoa física (pessoalidade), não-eventual (não eventualidade da prestação), ser subordinado (dependência hierárquica), receber salário (remuneração) e prestar os serviços pessoalmente (contrato *intuitu personae*).

Visto isso, temos como três os requisitos básicos para a caracterização legal da terceirização. O primeiro é a realização de “atividade-meio” que significa que a empresa contratante só poderá terceirizar as atividades que não fazem parte das suas atividades-fim, de modo que uma empresa que terceirize sua função principal poderá ter caracterizada como ilegal a terceirização. O maior problema relacionado a este quesito, é que a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim nem sempre é clara, e justamente quando há falta de clareza a respeito tem sido acolhida a vinculação à atividade-fim.

A segunda é a “impessoalidade”, que implica que a instituição contratada, seja pessoa física – nos casos dos profissionais autônomos – ou pessoa jurídica – nos casos de empresas ou cooperativas – não estão pessoalmente comprometidas com a empresa contratante.

Por último, há o fato de os funcionários da empresa contratada não estarem hierarquicamente subordinados aos funcionários da empresa contratante. Esta é a principal causa de discórdias entre empregados e empregadores das empresas contratadas e contratantes, também a causa da maioria dos processos jurídicos envolvendo empresas terceirizadas.

4 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A EMPRESA

As vantagens de adotar a terceirização para a empresa são muitas e claras. Contudo, se o processo de implantação não for adequado, poderá gerar consequências extremas, muitas vezes de custos irreversíveis.

Em uma sociedade volátil, definida por Baumann (2004) como “líquida – que possui capacidade de mudança muito alta – as demandas por novidade e excelência são constantes para as empresas. A terceirização, neste contexto, se tornou arma fundamental para as organizações atenderem e acompanharem as ditas demandas.

A terceirização, por trazer mão de obra externa, e poupar o pagamento de vários encargos financeiros, barateia, pelo menos num primeiro momento, as atividades organizacionais.

Além da diminuição dos custos, as organizações podem voltar seus esforços para desempenhar, com o máximo de excelência, suas atividades-fim. Podem ser dispensados funcionários que não servem aos objetivos finais das empresas, para, se necessário, contratar outros que aumentem o desempenho organizacional.

A burocratização é outro fator que sofre influência na terceirização. Com o “enxugamento” das atividades e dos gastos, os processos se tornam bem mais rápidos, o que é ideal dentro do contexto social descrito.

As desvantagens encontram-se relacionadas principalmente aos trabalhadores, e são alardeadas pelas instituições e organizações que protegem os direitos trabalhistas – inclusive o sistema jurídico nacional, pelo menos na maioria dos casos. Outra desvantagem diz respeito à perda de controle dos funcionários que durante a prestação laboral de regra não estão sob a hierarquia plena da empregadora e sim da tomadora, gerando discussões judiciais visando o reconhecimento do elo laboral a partir da realidade fática vivenciada.

Para as empresas, o maior problema da terceirização se dá no processo de implantação. No caso da contratada não cumprir seus compromissos, a contratante terá que supri-los. Se a contratada também não for capaz de realizar as atividades às quais se propôs, e se estas forem importantes para a manutenção do negócio (como os serviços de higiene e informática, por exemplo) terá que suprir suas dificuldades gerando gastos adicionais.

Por isso, alguns pontos devem ser observados antes da contratação de serviço terceirizado, são eles: o estabelecimento de contrato escrito entre a contratada e a contratante, exigindo comprovação de regularidade da primeira em relação aos funcionários; verificação da identidade e do histórico da contratante; procurar diversificar o uniforme e os crachás dos funcionários e dos terceirizados, para que não haja situações de hierarquia ilegal.

Sendo observados estes pontos, e estando sempre atento ao desenvolvimento do trabalho, e do clima organizacional entre os funcionários, as vantagens, para a empresa, são significativamente maiores que as desvantagens.

5 VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA OS FUNCIONÁRIOS

A situação dos funcionários é o tema de maior discussão entre os estudiosos da terceirização. Alguns fatores fazem com que a terceirização seja criticada por aqueles que enxergam sob a ótica trabalhista, principalmente porque ela permite que alguns dos direitos conquistados pela classe sindical sejam suprimidos, além do clima organizacional em empresa que agrega funcionários contratados e terceirizados ser de difícil gerenciamento, facilitando o surgimento de ocorrência e situações complexas.

Quando uma empresa terceiriza seus serviços, os profissionais que estão executando essas atividades acabam sendo discriminados dentro da organização, sendo obrigados a conviver com a discriminação em questões

que deveriam ter grande importância para um bom desenvolvimento do trabalho, como as condições físicas, o fornecimento de materiais adequados e a participação na tomada de decisões, o que é fundamental para a gestão da própria área que atuam.

Em algumas situações, os funcionários das empresas terceirizadas não passam por treinamentos previstos aos outros colaboradores da empresa e, além disso, não são reconhecidos pelo seu trabalho.

A integração e a motivação dos recursos humanos são temas que estão sempre em pauta dentro das empresas, estando o sucesso das organizações relacionado com ao quanto os colaboradores estão motivados e se sentem bem no ambiente de trabalho, executando melhor suas atividades, o que enseja a integração dos terceirizados.

Só a partir dos recursos humanos uma empresa pode alcançar as metas estabelecidas, seja em vendas ou aumento de produção. Delimitar o acesso ao profissional terceirizado ou distingui-lo por deter situação inferior só contribui para a deterioração da imagem da empresa junto ao trabalhador.

O pagamento dos direitos trabalhistas também não é sempre cumprido pelas terceirizadas, principalmente porque são empresas menores, de fiscalização mais complexa. No caso da empresa contratar o serviço terceirizado de um trabalhador autônomo, as garantias pagas a este são mínimas, além do salário acertado. O funcionário terá que arcar com o pagamento da previdência, alimentação, transporte, não terá direito ao décimo terceiro salário nem a férias remuneradas. As vantagens são relativas. Pelo fato de não ser pago benefício fiscal, normalmente o salário exigido pelo trabalhador autônomo é mais alto.

Um ponto que pode ser visto como vantagem para uns e desvantagem para outros é a mobilidade advinda da terceirização. Como a vinculação entre trabalhadores terceirizados e empresa contratante é mínima, ambos podem, a qualquer momento, optar por não mais prestar e/ou receber os serviços do outro. A burocracia envolvida na desvinculação é bem menor que aquela dos trabalhadores de carteira assinada.

Caberia ao provável futuro funcionário escolher a opção que mais lhe convém, mas infelizmente esta escolha nem sempre pode ser feita tão racionalmente quanto pregada pelos manuais de economia.

É sabido por todos que a situação de educação do povo em geral não é satisfatória a ponto de preparar a população para fazer escolhas bem pensadas e analisadas. O fato de a maioria dos trabalhadores necessitarem de capital imediato, prejudica a liberdade de escolha.

6 DISCRIMINAÇÃO PROPRIAMENTE DITA E PRECONCEITO CONTRA OS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

A discriminação é a diferenciação entre trabalhadores diretos e terceirizados, onde o trabalhador subcontratado é visto como trabalhador de

segunda classe. Esta face da terceirização não aparece nas estatísticas mas está presente no dia a dia da população atingida. Criam-se nos locais de trabalho uma distinção entre trabalhadores diretos e terceirizados, seja porque o tipo de trabalho desenvolvido pelo terceirizado é considerado menos importante ou porque as desigualdades de salário, qualificação, jornada e condições de trabalho reforçam essa percepção.

Os trabalhadores terceirizados sofrem no ambiente de trabalho pelo fato de ter que utilizar refeitórios, vestiários, uniformes, tudo de pior qualidade e em condições precárias. Tais situações não implicam apenas nas questões financeiras e de saúde, mas atingem a dignidade humana do trabalhador terceirizado, um dos princípios fundamentais previstos no artigo primeiro da Constituição Federal de 1998.

Atingida a dignidade do trabalhador também são ampliados os problemas estruturais dando ensejo a doenças ligadas à saúde mental entre os terceirizados. A condição de terceirizado torna-se uma barreira que impede o desenvolvimento dos trabalhadores, interferindo na própria solidariedade entre os trabalhadores, dificultando a organização sindical e a negociação coletiva, o que acaba por reforçar a redução dos direitos dos terceirizados.

Esta situação é de difícil enquadramento jurídico. Não existem estatísticas que amparem estudos e argumentos; as doenças psicológicas relacionadas a este tipo de precarização não são reconhecidas; e, a pulverização da representação sindical dificulta a organização dos trabalhadores para uma solução política para o problema. Enfim, esta é uma face invisível da precarização do trabalho provocada pela terceirização (invisível tal como o são os trabalhadores terceirização em seus ambientes de trabalho).

Por mais competentes que os profissionais terceirizados possam ser, sofrem discriminação basicamente por duas razões: os funcionários da contratante não os enxergam como parceiros, quer por não entenderem os mecanismos e a finalidade da terceirização, quer por se considerarem os donos da empresa (“eu sou funcionário, você não”).

Outra razão da discriminação é a ação negativa dos sindicatos na afirmação de que “eles estão tirando nossos empregos”, como se os terceirizados não fossem empregados! O máximo que estariam tirando seria a contribuição de uma entidade sindical em benefício de outra. Esta atuação sindical colabora enormemente para a rivalidade entre funcionários da contratante e terceirizados.

Há também argumentações de que o terceirizado não tem comprometimento com a contratante e seus resultados, mas isto, quando ocorre, encerra uma questão de deficiência gerencial, não tendo maior expressão.

A discriminação, em qualquer nível, é uma questão de cultura empresarial que os gestores têm que trabalhar para eliminar, pois afeta diretamente os resultados pela hostilidade gerada no ambiente profissional e consequente dificuldade de um relacionamento positivo.

O combate à discriminação a terceirizados e subcontratados deve iniciar no momento da assinatura do contrato de prestação de serviços, com a inclusão de obrigações pontuais acerca do cumprimento dos direitos trabalhistas protegendo os interesses dos trabalhadores e não só os interesses comerciais entre as empresas contratantes.

Enquanto existirem gestores utilizando a terceirização como ferramenta de redução de custos e despesas, o trabalhador terceirizado continuará sendo o primeiro a pagar o preço, pois acaba se tornando alvo de discriminação. Num segundo momento a própria tomadora do serviço finda por se dar conta do erro estratégico da obtenção do trabalho a um custo inferior e obtenção de qualificação e motivação também inferior. Ambas as situações contribuem para a cultura generalizada de que serviços terceirizados são ruins, gerando a discriminação ao profissional terceirizado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da elaboração do trabalho, foi possível perceber a importância de se ter uma legislação aplicável ao tema da terceirização. O trabalho deste terceiro setor, da prestação de serviços, tem sido largamente utilizado no país da última década em diante. As empresas com o intuito de cortar gastos acabam por optar pela terceirização de suas atividades-meio e comumente também das atividades-fim, visando a redução de custos. Predominam as situações em que o interesse da empresa tomadora é apenas de repassar para o terceiro setor atividades que não são essenciais e que muitas vezes tomam o tempo dos empregados diretos, atrapalhando a produtividade da empresa.

No atual contexto nacional, as atividades das empresas prestadoras de serviços tem tido importância para o desenvolvimento do país e também na criação de empregos, sendo necessário oferecer aos empregados terceirizados salários adequados. A falta de lei própria só contribui para a formação de terceirizações ilícitas, ou mesmo terceirizações lícitas, mas que não oferecem salários compatíveis para dignamente contraprestar as atividades realizadas.

Ademais, a falta de legislação específica gera injustiças para quem trabalha para o setor. Como exemplo, não há unanimidade na doutrina do país quanto ao tema da equiparação salarial do empregado terceirizado, tanto a corrente que defende a igualdade de salários e os que não consideram o cabimento se baseiam nos mesmos ordenamentos jurídicos: a Constituição da República, a CLT e a Lei do Trabalhador Temporário, isto é a legislação pátria. Da mesma forma a doutrina e a jurisprudência não possuem um posicionamento concreto acerca da equiparação salarial na terceirização. E sequer há unanimidade no que tange à equiparação remuneratória propriamente dita, o que mostra ainda mais a complexidade da matéria.

Devido a essa complexidade, em abril de 2010 o TST editou a Orientação Jurisprudencial 383, igualando o salário do trabalhador terceirizado aos empregados das empresas da administração pública, quando estes exerciam as mesmas funções. Porém, como a OJ não tem a mesma força de lei,

há decisões recentes que não se orientam na proposta da OJ, sendo questionada a utilização da OJ somente em situações do tomador ser ente público ou se pode ser utilizada nos casos do tomador de serviço ser um ente privado.

O conjunto da análise procedida reforça a necessidade de legislação específica que trate de temas pontuais como o da equiparação salarial na terceirização de serviços, para que se possa pensar na observação dos princípios basilares da igualdade e da isonomia contidos no artigo 7º, XXX, XXXI, XXXII, da Carta Maior, e nos artigos 460 e 461 da CLT, pois hoje é visível a precarização da atividade terceirizada pela falta de previsão legal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Maria Olívia Elias Gomes de. As Várias Faces da Terceirização. *Administradores.com: o portal da comunicação*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/as-variasfaces-da-terceirizacao-de-servicos/46348/>>.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed., São Paulo: LTr, 2010.

BAUMANN, Z. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DAVIS, F. S. *Terceirização e Multifuncionalidade*. São Paulo: STS, 1992.

IMHOFF, Mária Moraes; MORTARI, Alline Perico. Terceirização, Vantagens e Desvantagens para as Empresas. *Revista Eletrônica de Contabilidade*, Santa Maria, v. 3, nº 2, jul. 2005. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/contabilidade/article/view/82/3720>.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

TOUSSANT, E. *A Mundialização do Capital: o crescimento das multinacionais*. In *A bolsa ou a Vida: a finança contra os povos*. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

LEANDRO KREBS GONÇALVES*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Proteção no ordenamento jurídico nacional; 3 A identidade humana; 4 Aspectos conceituais sobre orientação sexual; 5 Ações afirmativas ou discriminação positiva; 6 Casuística; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Promover a igualdade de oportunidades e eliminar todas as formas de segregação são alguns dos elementos basilares da Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho e da Agenda do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho. Desse modo, trabalho decente exige o preenchimento de um somatório de requisitos indispensáveis para tal enquadramento, que estão elencados no art. 3º da Convenção nº 189 da OIT:

- (a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;
- (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- (c) a erradicação efetiva do trabalho infantil; e
- (d) **a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.**

“A discriminação afeta profundamente o exercício e a plenitude da realização humana na fruição de outros direitos de caráter fundamental e essenciais para o desenvolvimento regular da existência pessoal em condições idênticas aos demais seres humanos” (LIMA, 2011, p. 52). O direito humano a não discriminação é a essência em que se funda a defesa das pessoas segregadas devido à sua orientação sexual.

No que diz respeito à homossexualidade, por estar dentro da esfera da intimidade do indivíduo, a forma como o empregado conduz sua vida privada está intrinsecamente ligada à liberdade pessoal. Ao indicar a maior visibilidade dos debates sobre discriminação por orientação sexual dentro da sociedade brasileira e as consequentes repercussões no Poder Judiciário, assevera Maurício Pereira Gomes:

* Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

E como não poderia ser diferente, repercute também nas cortes de Justiça do país, num testemunho de que estamos assistindo a um processo histórico de mudança da sensibilidade coletiva e individual quanto aos limites do que é tolerável e intolerável em termos de (homo) sexualidade e, por contraste, na questão da homofobia (GOMES, 2011, p. 71).

Nas relações de trabalho, uma das espécies das relações sociais, também se impõe o respeito ao trabalhador, como tal e como indivíduo, conforme destaca Paulo Eduardo Vieira de Oliveira:

Assim sendo, não pode o empregador, em qualquer das fases do contrato de trabalho, discriminar o empregado em virtude de sua condição de homossexual, mormente, quando este desenvolve suas atividades laborais de maneira recatada. Quando o tema é objeto de seminários acadêmicos, há quem aponte certos comportamentos estranhos de homossexuais. O decoro que o empregador pede de todo e qualquer empregado é exigível também do homossexual. Configurada a discriminação, ocorre o dano pessoal, ressarcível (OLIVEIRA, 2010, p. 91).

O que é “maneira recatada”? Quais seriam esses “comportamentos estranhos”? Haveria ainda um estereótipo homossexual? A forma de falar e a apresentação física podem até revelar a orientação sexual, mas já é tempo de abrimos os olhos para ver que existem homossexuais em todas as áreas profissionais, isso sem referir nos núcleos familiares. “No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum” (BARROSO, 2010, p. 31). Além disso, precisamos pensar até que ponto os “erros de conduta” homossexual também não se repetem entre os heterossexuais, sem que esses sofram tão severa reprovação.

É certo que o indivíduo, ao sofrer prática discriminatória, no cumprimento das obrigações advindas da prestação do seu labor, será considerado vítima de preconceito ocasionado pela relação de trabalho. Desse modo, além de analisar o perfil das demandas atuais que chegam à Justiça do Trabalho sobre o tema, objetiva-se, com a elaboração desse artigo, sensibilizar e motivar o aperfeiçoamento das formas de proteção da intimidade, além de discutir o limite do poder de direção patronal, o que repercutirá, diretamente, no respeito à individualidade de cada trabalhador dentro do seu local de labor.

2 PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Inicialmente, como marco teórico desse estudo, destacamos o teor do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores

supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [grifo nosso].

Segundo o art. 1º, III, da CF, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil. No art. 3º, IV, da CF, é traçado como objetivo substancial a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por fim, dentro do mesmo Texto Constitucional, no seu art. 5º, X, além de definir a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, preceitua a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Além dos mencionados dispositivos constitucionais, o art. 1º da Lei nº 9.029/95 apresenta catálogo exemplificativo de proibições de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou de manutenção da relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Ressalvam-se, apenas, por um critério de razoabilidade, as hipóteses de proteção ao menor, além de outras situações que exijam a tutela do Estatal como forma de salvaguardar a incolumidade física e mental do indivíduo. Sobre o tema, comenta Firmino Alves Lima:

Uma norma de igualdade mais efetiva deve, antes de tudo, reconhecer as diferenças entre os seres humanos, valorizando-as a ponto de receber um tratamento jurídico de reconhecimento, proteção e manutenção mediante garantias não somente voltadas à manutenção da igualdade, mas também à manutenção das diferenças. Elas compõem a natureza humana, que é o objeto da proteção dos direitos humanos, para preservar a integridade física e moral do ser humano, procurando proporcionar-lhe todas as possibilidades de desenvolvimento pessoal na busca de sua felicidade. Ignorar as diferenças entre as pessoas é violar a essência do ser humano, a sua identidade pessoal e a sua potencialidade de desenvolvimento, e traduz-se em uma negativa da condição de pessoa humana (LIMA, 2011, p. 33).

A partir de delimitação da norma constitucional, traça-se um limite ao poder empresarial de questionar o modo como o empregado conduz sua vida privada, exceto quando isso traga alguma repercussão negativa no resultado do seu trabalho. A orientação sexual do subordinado não diz respeito ao empregador, nem pode servir de pretexto para justificar perseguições.

Como bem ressalta Yara Maria Pereira Gurgel (2010, p. 50), “[...] toda e qualquer discriminação, dentre as quais aquelas baseadas em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana”. Não cabe aceitar, portanto, suas mais diversas formas de apresentação,

independente do ordenamento fazer referência expressa, já que, ao final, deve prevalecer o respeito à diversidade humana como principal sintoma da democracia.

3 A IDENTIDADE HUMANA

Ao sustentar a equivalência de valores dos seres humanos, Yara Maria Pereira Gurgel (2010, p. 51), afirma que “[...] todo *homo sapiens*, em sua condição de total vitalidade, é dotado da razão e, por isso, tem como um dos maiores patrimônios da humanidade a liberdade de escolha, que representa sua identidade pessoal”. Todos nós somos detentores dos mesmos direitos e titulares da mesma dignidade, independe dos traços pessoais de cada um e que nos tornam seres únicos dentro da Humanidade. Sobre o assunto, mais uma vez, reportamo-nos aos ensinamentos de Yara Maria Pereira Gurgel:

A partir da percepção de que a espécie humana é absolutamente idêntica, no que tange à carga genética, aos fatores e necessidades biológicas, à racionalidade, à capacidade de ter sensações e emoções, sendo dotada de vontade, consciência e liberdade de pensamento, atributos necessários ao livre-arbítrio, entende-se que todo homem e toda a mulher são detentores de direitos, em especial à vida digna, visto que são seres únicos e insubstituíveis (GURGEL, 2010, p. 50).

Ao tratar do substrato material da dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes defende que “[...] deve ser entendido como o sujeito moral que reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito de que é titular, dotados de vontade e partes do grupo social, com a certeza de que não serão marginalizados.”¹ Relacionando a importância do Direito no enfrentamento das questões atinentes à orientação sexual, Luís Roberto Barroso parte das seguintes premissas, que também servem para o enfoque das relações laborais:

Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo: 1) a homossexualidade é um fato da vida; 2) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um; 3) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais; 4) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância (BARROSO, 2010, p. 34).

A tarefa de respeitar as diferenças não é nada fácil. Afinal, todos nós temos preconceitos e, para uma convivência pacífica, torna-se necessário superá-los, até mesmo no ambiente de trabalho. Nesse aspecto, parafrazeando

¹ O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. (SARLET, 2003 *Apud* GURGEL, 2010, p. 31).

o Apóstolo Marcos (12:33), amar o próximo como a si mesmo, pode ser mais do que todos os holocaustos e sacrifícios.

Talvez nossa maior resistência, em respeitar a identidade humana e a igualdade das pessoas, seja o hábito de censurar as condutas dos outros, muitas vezes, sem sequer ter claro o real motivo de irresignação, mas por mirarmos nossas ações como sendo as corretas para os demais, o que nos leva a uma visão distorcida e errônea da realidade plural que nos cerca. A respeito do assunto, valem os ensinamentos da Ministra Relatora Dora Maria da Costa, nos fundamentos da decisão proferida em 16.02.2011, nos autos do Processo nº AIRR 122940-79.2006.5.04.0305, com publicação no DEJT 18.02.2011:

[...] Por fim, não é incomum em questões de gênero como a do presente caso, que os conflitos se manifestem mais amiudamente contra objetos de identificação mais próximos – homens conservadores tendem a se sentir mais ameaçados por homossexuais masculinos do que por lésbicas. O inverso (mulheres agredirem outras por apresentarem orientação sexual diversa, ou mesmo somente por adotarem comportamento mais libertário e independente) também é verdadeiro. O homem, ser essencialmente social, tende a se enquadrar em estereótipos masculinos e femininos tão rígidos (às vezes a custa de grande sacrifício pessoal) que muitas vezes reage de forma desproporcional diante do que lhe parece estranho, diferente, não convencional. Mas o processo de estranhamento acima relatado não justifica a ofensa, a perseguição, o maltrato, principalmente quando esse vem de um superior, dado o estado de subordinação insito ao contrato de trabalho, que torna o subordinado indefeso.

Afinal, como já dito por Thomas Hobbes, na obra “Do Cidadão”, ao enxergamos as atitudes dos outros “[...] como num espelho, todas as coisas que estão do lado esquerdo aparecem à direita, e o que estava no lado direito parece figurar à esquerda”. Pensamos que o melhor seja ver o outro ao seu lado, de modo que as características de um estejam em pé de igualdade com as suas próprias.

4 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Convém, de início, apontar uma divergência terminológica entre *orientação* ou *opção* sexual. Cremos que a primeira é a mais correta, na medida em que melhor traduz a essência do indivíduo, afastando, de pronto, a ideia de que pudesse existir uma escolha mecânica ou racional daquilo que se sente. É porque é, e pronto. O indivíduo até pode escolher sua representação dentro da sociedade, mas isso não muda o seu interior, nem os torna um doente passível de cura. Aquilo que cada um sabe de si, independe do que os outros enxergam.

Existe uma pluralidade de termos que tenta acompanhar as diferentes orientações sexuais. Antes, falava-se em heterossexuais, homossexuais e bissexuais. Agora, deparamo-nos travestis ou transexuais, o que, desde logo,

desafia um novo “enquadramento”, fora dos nossos conceitos primários “precisos”. Existe uma gama de formas de expressar a sexualidade, a exigir uma construção cultural e social permanentes, inclusive dentro do ambiente de trabalho. Ainda que se tente “codificar” todas essas variantes, por construção cultural de cada sociedade, é certo que não estão necessariamente ligadas a diferenças anatômicas entre os seres humanos, ainda que se tornem cada vez mais recorrentes as cirurgias de mudanças de sexo, inclusive dentro do Sistema Único de Saúde.

Como estamos tratando de uma espécie de discriminação, descarta-se uma análise da perspectiva heterossexual, por não sofrer ataques significativos, pois “[...] já é naturalmente imposta pelo espírito de conservação e reprodução do ser humano” (PAMPLONA FILHO, 2010, p. 161). Na discussão pela igualdade, surge a homofobia como tema das mais recentes manchetes da mídia, independente de outras nomenclaturas utilizadas para formas específicas de discriminação por motivo de orientação sexual.

Evidencia-se a necessidade de se fazer uma interpretação sociológica da expressão “sexo”, de modo a adaptá-la aos debates jurídicos atuais sobre igualdade, o que quebraria com a dicotomia original e ampliaria o conceito para a diversidade sexual reconhecida na atualidade (RODRIGUES, 2012, p. 280). Mais uma vez, conceitos da antiga moral e bons costumes devem sofrer uma releitura, para melhor compreensão da realidade social.

5 AÇÕES AFIRMATIVAS OU DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

No reequilíbrio da igualdade, impõe-se ao Estado a tarefa de promulgar normas, de aplicação nos âmbitos público e privado, cujo objetivo seja promover a integração social das pessoas pertencentes aos grupos excluídos, em razão das desigualdades construídas pelo Homem, dentro do seu processo de desenvolvimento coletivo (econômicas, sociais e culturais), ou físicas entre as pessoas, que estão ligadas à própria anatomia humana.

Com relação às primeiras, inserem-se diversas problemáticas, a saber o ingresso dos alunos de escolas públicas nas universidades de ensino superior, a reserva de candidaturas a cargos políticos a mulheres. Na segunda, exemplificamos na reserva de quotas dos cargos públicos às pessoas portadoras de necessidades especiais, como os cegos.

“O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social” (BARROSO, 2010, p. 36). Sobre o tema, acrescenta Maurício Godinho Delgado:

O combate a discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis de exclusão social e individual (DELGADO, 2010, p. 108).

Na luta contra a exclusão, José Cláudio Monteiro de Brito Filho apresenta dois caminhos que podem ser seguidos:

O combate às práticas discriminatórias, desde que iniciado, pode ocorrer, basicamente, de duas formas, pela pura e simples adoção de normas que vedem e reprimam a discriminação ou pela adoção de disposições que favoreçam a inclusão de integrantes de determinados grupos, em prática que se convencionou chamar de ação afirmativa, e que é mais recente (BRITO FILHO, 2013, p. 61).

As políticas de quotas antes referidas inserem-se dentro das denominadas ações afirmativas, que buscam assegurar a grupos desfavorecidos a igualdade de exercício de direitos na vida em sociedade. Criam, na verdade, condições diferenciadas de acesso a determinados bens a pessoas segregadas, como forma de produzir a igualdade real entre as pessoas, e não privilegiar alguns em detrimento dos demais. Trata-se de um corretor das desigualdades oriundas das mais diversas formas de discriminação. José Cláudio Monteiro de Brito Filho identifica uma finalidade comum das formas de combate a discriminação, assim sintetizando:

[...] o modelo das ações afirmativas sustenta-se na mesma idéia inicial do modelo repressor: a igualdade entre as pessoas, dando, outrossim, passo a mais, ao buscar, por meio de medidas variadas, permitir que os indivíduos tenham acesso a bens que, por diversas circunstâncias, mas que nascem da discriminação, lhes são negados.

São políticas compensatórias e que devem ser temporárias, pois, a partir do momento em que a sociedade “aprende” a valorizar esses indivíduos, tornam-se desnecessárias. “Não há dúvidas de que as ações afirmativas, de forma coerente com o seu objetivo, que é o de promover a igualdade, só se justificam até que seja alcançada.” (BRITO FILHO, 2013, p. 69). Como amostra, citamos o art. 373-A, parágrafo único, da CLT, que, ao proteger o trabalho da mulher, permite a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de isonomia entre homens e mulheres (em especial, quanto à formação profissional, acesso ao emprego e condições gerais do trabalho da mulher).

Objetivam acelerar a conquista da igualdade substantiva em detrimento das desigualdades de fato existentes. Destinam-se aos grupos vulneráveis, em especial no ensino e no mercado de trabalho, no que diz respeito ao acesso aos bens da vida e às oportunidades de crescimento e de vida independente. Verdadeiros instrumentos de transformação, proporcionam a inclusão social. Dão efetividade ao princípio da isonomia material e buscam romper com o círculo vicioso de exclusão das minorias sociais. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira resume:

Na “ação positiva”, o direito leva em consideração situações concretas e permite que se dêem maiores oportunidades a certas pessoas em condições especiais, porque, em se tratando de justiça distributiva que visa equiparar, não se ferem normas de direito dando mais a quem tem menos (OLIVEIRA, 2010, p. 88).

Além da destinação legal de vagas, a Justiça do Trabalho também pode ser integrada no campo das ações afirmativas, como no julgamento das ações civis públicas, em que, por hipótese, seja compelida a empresa a adotar medidas preventivas e de caráter educativo, como a promoção de cursos nos locais de trabalho e o custeio de campanha publicitária, com o propósito de prevenir e inibir condutas discriminatórias. O caráter pedagógico, nessa hipótese, ultrapassa os muros da empresa, passando a ter uma valiosa repercussão social.

6 CASUÍSTICA

A relação de trabalho não é excludente da tutela à intimidade do trabalhador, enquanto pessoa, dentro do local de trabalho, sob pena de ocorrer verdadeira “degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do emprego” (BARROS, 2010, p. 643). “A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie” (BARROS, 2010, p. 643). Alice Monteiro de Barros assim sintetiza:

O contrato de trabalho não poderá constituir “um título legitimador de recortes no exercício de direitos fundamentais”, assegurados ao empregado como cidadão. Os direitos fundamentais não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva (BARROS, 2010, 643-644).

A condução da vida privada do empregado não diz respeito ao empregador, ressalvadas algumas pequenas limitações indispensáveis na dialética da atividade produtiva. Na Justiça do Trabalho, temos julgado ações em que a orientação sexual do empregado tem servido de pretexto ao empregador, para justificar perseguições que resultam em indenizações por danos e assédios morais, além de dispensas discriminatórias.

Por um lado, existe o reconhecimento de que as disposições da Lei nº 9.029/95 alcançam e coíbem as práticas discriminatórias por orientação sexual. De outro, dentro da problemática, vem à tona a discussão acerca de assédio moral (vertical ou horizontal), função social da propriedade, gravidade das ofensas verbais e das expressões utilizadas dentro do ambiente de trabalho, limites do poder de gestão do empregador, ônus da prova e forma de colheita da prova oral, responsabilização patronal por um meio ambiente de trabalho sadio, responsabilidade patronal por atos dos seus prepostos,

além da necessidade do empregador dispensar tratamento isonômico entre hetero e homossexuais.

Assim como nos casos de assédio sexual no trabalho, os casos de discriminação por orientação sexual exigem uma análise cuidadosa da prova, muitas vezes, levando em consideração indícios e circunstâncias indiretas ao contexto probatório dos autos, como a reação da vítima aos ataques (verbais ou físicos) do agressor. Os danos de natureza moral são de tal ordem que impossibilitam a comprovação efetiva e, por isso, não se pode exigir produção de prova do dano moral em si, sendo sua ocorrência extraída de presunção firmada a partir dos fatos apurados.

Além disso, é certo que a responsabilidade do empregador apenas pode ser identificada por aquilo que pode controlar dentro do ambiente laboral, assumindo relevo o momento da ciência do empregador sobre a ocorrência de condutas discriminatórias no local de labor, bem como a rapidez e a eficácia da resposta patronal correspondente. Não se pode permitir que tais práticas tornem-se corriqueiras nos locais de trabalho.

O trabalhador homossexual não deve se sentir inferiorizado, a ponto de esconder sua orientação sexual, como se não tivesse família, amores ou amigos, ou ainda, por medo de alguma forma de retaliação no trabalho. Em contrapartida, tendo outras pessoas conhecimento desse fato, por si só, não fica autorizado que colegas e superiores possam torná-lo alvo constante de brincadeiras de mau gosto, piadas constrangedoras e de comentários maldosos. A respeito da visibilidade da orientação sexual, comenta Rodolfo Pamplona Filho;

Certo, porém, é que, independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação ao homossexualismo, não há como se negar a cidadania ao homossexual, relegando-lhe à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver relegada a quatro paredes (PAMPLONA FILHO, 2010, p. 162).

Em tais circunstâncias, não deve o empregador segregar a vítima do grupo de trabalhadores, pois poderá servir para aumentar, ainda mais, a discriminação no ambiente de trabalho. Embora não seja fácil indicar qual prática seria mais eficiente, pois isso dependerá de uma análise casuística do empregador, não há dúvidas de que ele (empregador) responde, de forma objetiva, pelos danos decorrentes de atos de seus empregados, mesmo quando dirigidos a outros empregados, nos termos dos arts. 932, III², e art. 933, do CC.³

² "RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATO DE EMPREGADO. ART. 932, III, DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A conduta de empregados da empresa que, no ambiente de trabalho, fazem – brincadeiras de mau gosto – sobre a opção sexual de outro empregado, revela-se ofensiva à dignidade pessoal da vítima, fazendo surgir a responsabilidade objetiva do empregador e conseqüente obrigação de compensar o dano moral daí decorrente, na forma do art. 932, III, do Código Civil. Valor da indenização que se arbitra em R\$ 35.000,00,

A utilização de artifícios jocosos, desmoralizadores e humilhantes ferem a dignidade do trabalhador homossexual, fazendo jus à indenização, inclusive com base no art. 927 do CC, sem prejuízo dos dispositivos legais citados anteriormente. É dos superiores hierárquicos a obrigação de fiscalizar e coibir comportamentos desairosos para com seus subordinados.

Ao empregador incumbe o dever de proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, fornecendo meios necessários ao labor em condições de normalidade, inclusive no aspecto psicológico. É do empregador, aliás, a direção e o controle da atividade econômica e da prestação pessoal de serviços, nos termos do art. 2º da CLT.⁴ Desse modo, a responsabilidade patronal reside também na sua omissão em adotar medidas eficazes para elidir a situação vexatória a qual um trabalhador seu seja sistematicamente exposto.

Dependendo da gravidade da agressão, o constrangimento diante do fato narrado mostra-se presumível. Se o tratamento indigno é desferido contra outros funcionários, não se exclui o dever patronal de indenizar, já que permanece o caráter ilícito da conduta. Na verdade, todos os ofendidos tornam-se titulares do direito à reparação. O abuso do poder de gestão, de

consideradas as circunstâncias do caso e os precedentes da Corte em situações análogas. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 281540-92.2005.5.02.0014, Data de Julgamento: 19.09.2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.09.2012)

³ “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese na qual resta demonstrado que a reclamante, em razão de sua orientação sexual, foi alvo de agressões morais e físicas por parte das colegas de trabalho, bem como que a reclamada não tomou nenhuma medida eficaz para fazer cessar a situação. Caracterizado, portanto, o dever de indenizar, pois o empregador é responsável pelos atos de seus empregados e prepostos, nos termos do inciso III do artigo 932 do CC, bem como, a ele incumbe o dever de proporcionar um ambiente de trabalho sadio e equilibrado, fornecendo meios necessários ao labor em condições de normalidade, inclusive, no aspecto psicológico. De outra parte, consideradas as circunstâncias do caso concreto, o quantum indenizatório fixado na origem mostra-se excessivo. Recurso provido em parte.” (Processo 0000900-85.2008.5.04.0221 (RO), Redator: MARIA HELENA MALLMANN, Data: 20.05.2009, Origem: Vara do Trabalho de Guaíba)

⁴ “DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO EM FUNÇÃO DE SUA OPÇÃO SEXUAL E POR SER PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O Eg. Regional, cotejando as provas constantes nos autos, mormente o depoimento de testemunhas que trabalharam com o Autor, consignou que este era frequentemente vítima de piadas no que se refere à sua opção sexual, bem como excluído do convívio com os colegas, em vista também de ser portador do vírus HIV. Além disso, as constantes humilhações eram praticadas por seu chefe imediato. É patente a configuração do dano moral em face da discriminação e das agressões psicológicas perpetradas. Por outro lado, é responsabilidade da empresa velar por um bom convívio no ambiente de trabalho, resguardando seus empregados de práticas discriminatórias e preconceituosas. Afinal, o empregador é que tem a direção e o controle sobre o ambiente do trabalho e a prestação de serviços (art. 2º, caput, CLT), detendo a livre iniciativa (art. 1º, III, in fine, CF), que sempre tem de se subordinar à valorização do trabalho e da pessoa humana (art. 1º, IV, *ab initio*; art. 1º, III, da CF), tendo sempre função social (art. 5º, XXIII, CF).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR - 128600-30.2006.5.04.0022, Relator: Maurício Godinho Delgado (6ª Turma), Brasília, DF, 07 de março de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, nº 939/2012, p. 1681, 25 mar. 2012).

forma a colocar o empregado em condição humilhante e desrespeitosa, resta caracterizado pelo simples uso de palavras ofensivas e depreciativas ligadas ao tema da homossexualidade.

É claro que o bom senso sempre deve prevalecer, para coibir exageros. Se o empregado assumir sua homossexualidade na empresa em que trabalha, não significa dizer que seriam adequadas, ao local de trabalho, manifestações de intimidade por demais efusivas. Para essas situações, o empregador deve ter a mesma postura, ou todos (homossexuais e heterossexuais) podem ter demonstrações de carinho e de afeto com seus parceiros no local de trabalho, ou ninguém pode manter tal tipo de conduta. Basta, portanto, que o empregador tenha regras claras, objetivas e únicas para a coletividade de trabalhadores, traçando a adoção de comportamentos socialmente aceitáveis no espaço de trabalho, independentemente da orientação sexual do trabalhador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida privada da pessoa não pode ser elemento de ridicularização e intolerância, no local de trabalho. Representa o “direito à liberdade sexual”, ligada à esfera mais íntima do indivíduo, uma espécie do gênero “direito à integridade moral”. Portanto, sua violação, por partir o ofensor de premissas equivocadas, enseja a reparação civil.

Não se pode menosprezar alguém, como se sua orientação sexual fosse um sintoma de inferioridade para com os demais, o que, por certo, não é, nem cabe aos outros julgar. É dever de o empregador coibir práticas discriminatórias, tão logo tome conhecimento, e só assim manter um ambiente de trabalho sadio.

É importante lembrar que palavras desrespeitosas, por vezes, são muito mais dolorosas e difíceis de elaborar, pois adentramos no campo das emoções, o que foge à esfera da razão. A aparência (formada pelas vestes e pela linguagem corporal) é mecanismo de comunicação da pessoa. Como bem referido nos fundamentos do acórdão precitado do TST⁵, não raro, dissimulamos momentaneamente características que queremos resguardar em certas circunstâncias, mas que, em outras, buscamos reforçar.

Algumas expressões, às vezes, podem ser empregadas de forma “perversamente carinhosa”, como acontece entre amigos, quando contraditoriamente carregadas de afetividade, ainda que moralmente incorretas, como esclarece a Ministra Dora no julgado anteriormente mencionado. Ocorre que, no círculo de trabalho, as mesmas expressões podem adquirir conotação ofensiva. A partir desse momento, emerge a obrigação do empregador tratar e fazer com que seus subordinados sejam tratados com urbanidade, sob pena de cometer ou de consentir com a prática de ato ilícito.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista AIRR 122940-7.2006.5.04.0305, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2011, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, nº 672/2011, p. 1248, 17 fev. 2011.

Independente da orientação sexual, todo o indivíduo merece respeito no que tange aos traços personalíssimos integrantes do vasto espectro da sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Devemos buscar abordagens e respostas criativas às questões laborais atinentes à discriminação por orientação sexual. “Em se tratando de Direito do Trabalho, o desafio que se coloca é o duplo dada a necessidade de união entre a garantia de um trabalho digno e o direito à livre manifestação da homoafetividade.” (GOMES, 2011, p. 72).

Para que esse direito se revele democrático, como bem se complementam Maurício Pereira Gomes e Luís Alberto Barroso, nos artigos estudados e já referidos, faz-se necessário observar quatro princípios: liberdade (oferecimento de condições objetivas que permitam escolhas legítimas), igualdade (política de reconhecimento), dignidade (respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um) e segurança jurídica (vetor interpretativo para propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações).

As pessoas são diferentes em relação às aspirações, condições (sociais e físicas), aptidões, capacidades, gênero, cor, idade e, também, pela orientação sexual, o que não as torna melhores ou piores, nem mais ou menos importantes, dentro das empresas e para o ordenamento jurídico. “Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade” (BARROSO, 2010, p. 33). Respeitar as diferenças e promover o bem-estar são atribuições que competem, não só ao Estado, mas a todos nós, como integrantes da sociedade humana.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas Iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 31-58.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso (coordenadora). *Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra Discriminação na Relação de Emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 108-117.
- GOMES, Maurício Pereira. Discriminação por Orientação Sexual: perspectivas na jurisprudência trabalhista no Brasil. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 331, p. 71-88, jul. 2011.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O Dano Pessoal no Direito do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação Sexual e Discriminação no Emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 150-163.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (coordenadores) *Discriminação*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

A CONCRETUDE DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA SOLIDARIEDADE COMO RESPOSTA À DISCRIMINAÇÃO POR DOENÇAS

ANA JULIA FAZENDA NUNES*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O contexto jurídico; 3 O contexto social – enfoque exemplificativo; 4 As políticas públicas e as reações da sociedade civil; 5 O princípio da solidariedade e a discriminação; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A análise do princípio da igualdade nos conduz sempre a busca de sua antítese – a discriminação, que nos leva a identificação do primeiro ingrediente infalível para a sua percepção – o preconceito. Este, que se notabiliza por julgar ou conceituar através da generalização, banalização ou mistificação, enfocando alguma característica intrínseca ou extrínseca de alguém ou algo que tenha expressado ou realizado. Em seguida, constata-se a distinção entre as dimensões do indivíduo e seu grupo e a de outro indivíduo ou grupo, constituindo o alvo de censura, repulsa ou ignomínia. Por fim, a exposição de uma característica da pessoa, que revela o chamado fator de descrímen, um estigma que agrega à identidade da pessoa aquele traço revelador da vulneração aos princípios básicos da sua dignidade.

O objeto do presente estudo, contudo, se limita a questão envolvendo o contexto em que estão inseridas as pessoas portadoras de alguma moléstia (doença, ocupacional ou não) ou identificadas por sequela física ou psicológica decorrente de acidente de trabalho típico, no ordenamento jurídico-social brasileiro. E o contraponto, com a avaliação desta problemática sob o ponto de vista do princípio da igualdade, e a sua investida do ponto de vista do princípio da solidariedade – considerando os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

A avaliação jurídico-social desta questão parte da constatação de que, atualmente, resta evidente a intenção de se rediscutir os limites da responsabilidade pública e da presença atuante (ou omissa) da sociedade civil, perante a descrença do Estado e a crescente competitividade no mercado e na economia global, somados ao individualismo cultuado e exportado para todas as culturas como uma resposta possível à crise mundial.

* Juíza do Trabalho, Titular da 3ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS.

2 O CONTEXTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico, notadamente após a promulgação da Carta Magna de 1988, tem trilhado um moroso, árduo caminho, na legislação infraconstitucional, mediante a implementação tímida, mas crescente, de políticas públicas específicas, respondendo a demanda de atendimento às moléstias e sinistros acometidas pelos cidadãos brasileiros, em especial com as coberturas elencadas na legislação previdenciária e de assistência social, através de concessão de benefícios específicos aos segurados (auxílio-doença, auxílio-doença acidentário) ou através da assistência social (cidadãos não segurados, e portanto não cobertos pelas hipóteses contempladas na previdência social).

Importa referir o disposto no artigo 19 da Lei 8.213/91 – que conceitua o acidente de trabalho, bem como o artigo 20 da referida Lei, que estabelece as hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro para configuração de doenças profissionais e ocupacionais, equiparadas como acidente de trabalho. Senão, vejamos, o artigo 20:

Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - **doença profissional**, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - **doença do trabalho**, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. (...) § 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho (BRASIL, 1991).

Observe-se, da leitura do texto legal, que a classificação evidencia diferenciação. Enquanto as doenças profissionais resultam de risco específico direto (característica do ramo da atividade) e, portanto, necessária comprovação do nexa causal mediante vistoria no ambiente laboral e identificação do nexa técnico epidemiológico previdenciário (NTEP), as doenças do trabalho ensejam análise de risco específico indireto sugerindo presunção legal de comprovação do nexa de causalidade.

Registre-se que o nexa técnico previdenciário foi discriminado em três categorias, na Instrução Normativa nº 31, assinada pelo Presidente do INSS, Marco Antônio de Oliveira:

– nexa técnico profissional ou do trabalho – fundamentado nas associações entre patologias e exposições constantes das listas A e B do Anexo II do Decreto 3.048/99, em que constam os fatores de exposição químicos, físicos e biológicos associados a cada doença;

- nexo técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ounexo técnico individual – decorrente de acidentes de trabalho (típicos ou de trajeto), bem como de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacionadas diretamente (§ 2º do art. 20 da Lei 8.213/91);
- nexo técnico epidemiológico previdenciário – aplicável quando houver significância estatística da associação entre o código da Classificação Internacional de Doenças – CID – e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE (doenças infecciosas e parasitárias relacionadas com o trabalho) (BRASIL, 2008).

Apesar do nexo técnico previdenciário estabelecido no Anexo II do Decreto 3.048/99 constituir elemento de certeza, a jurisprudência já consolidou entendimento de que tal relação é exemplificativa. De qualquer sorte, se observa que a caracterização como acidente de trabalho também se conclui mesmo que a causa não seja propriamente da atividade profissional, evidenciando que as condições de trabalho favoreçam o desencadeamento da doença, identificada como concausa (causa que concorre com outra para a produção do efeito nocivo).

Por certo que a identificação do trabalhador acometido por estas moléstias é perceptível, quando ocorrido no próprio ambiente de trabalho, seja pela notícia ou visualização do acidente, seja pela ausência do trabalhador para percepção do benefício previdenciário para restabelecer-se em caso de doença (do trabalho ou não). Além disso, as doenças congênitas ou as adquiridas mesmo antes da relação de emprego se iniciar (não decorrentes do trabalho ou profissionais ou de relação de emprego anterior), também são de fácil evidência, a medida em que o trabalhador passe a se relacionar no ambiente de trabalho, fixar sua rotina e sua segurança, ou esperanças, no grupo que se desenvolve na labuta diária. E é nesta realidade diária, com maior ou menor presença do empregador, e sua concepção de interrelacionamento pessoal e profissional, que se estabelece o contexto em que o discrimen se desenvolverá ou não, se manifestará ou não.

3 O CONTEXTO SOCIAL – ENFOQUE EXEMPLIFICATIVO

Para adentrar no enfoque da discriminação por doenças, propriamente dita, pertine elencar algumas das moléstias que se revelam mais visíveis no nosso cotidiano, e cuja presença, em regra, desencadeiam atitudes segregadoras ou reações negativas no ambiente de trabalho.

Já é preocupação corrente, nas empresas, o aparecimento de doenças ocupacionais vinculadas a **relacionamentos no ambiente de trabalho**. A exemplo, cito artigo datado de 20.03.2009, no portal 'Transporta Brasil – Notícias em Transporte e Logística' intitulado 'O chefe como Fator de Risco', apresentado pelo Dr. Dirceu Rodrigues Alves Júnior, destacando a precariedade na formação da liderança. Conclui-se, da leitura deste artigo, que não raramente o desempenho de atribuições de liderança está calcado apenas na bagagem individual do trabalhador guindado a este cargo (com todas as limitações

humanas que possam ser previsíveis) e, como contraponto, a importância do setor médico para detectar o descompasso entre a chefia e o liderado, no ambiente de trabalho.

No particular, o tema é tratado com profundidade na obra 'Mal-Estar no Trabalho – Redefinindo o Assédio Moral', da psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen. A atenção da obra se volta para a identificação do **assédio moral**, comumente usado como um dos meios de impor a lógica do grupo. Mas também aponta digressões claras sobre outra doença ocupacional que está se tornando frequente, chamada **Síndrome de Burnout**, causada pelo estresse extremo no trabalho. Esta doença se caracteriza pelo esgotamento físico, psíquico e emocional, em decorrência de trabalho em condições muito estressantes, provoca distúrbios mentais e psíquicos que tem como efeitos: estresse, hipertensão arterial, perda de memória, ganho de peso e depressão entre outros problemas.

Na lição de Márcia Novaes Guedes, “[...] no terror psicológico são precisamente os direitos essenciais da pessoa, aqueles que compõem a medula da personalidade e que resultam da entrada do ser humano no mundo jurídico, que são atacados”.

Neste estudo, revela-se que o dano é pessoal, atacando os direitos personalíssimos, como à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo, e quanto os direitos morais propriamente ditos, formados pelo direito à identidade, à honra, ao respeito, à dignidade, ao decoro pessoal e às criações intelectuais.

De outra parte, são recorrentes, nos mais diversos ambientes de trabalho, as doenças identificadas pela sigla **LER e DORT**, ou seja, Lesões por Esforços Repetitivos e Distúrbios Osteo-musculares Relacionados ao Trabalho. São doenças caracterizadas pelo desgaste de estruturas do sistema músculo-esquelético que atingem várias categorias profissionais. Não raras vezes os sintomas são de evolução insidiosa, até serem claramente percebidos. Com frequência, são desencadeados ou agravados após períodos de maior quantidade de trabalho ou jornadas prolongadas e, em geral, o trabalhador busca formas de manter o desenvolvimento de seu trabalho, mesmo que à custa de dor. A diminuição da capacidade física passa a ser percebida no trabalho e fora dele, nas atividades cotidianas.

Na página drauziovarella.com.br, produzida por conhecido profissional da área médica, projetado na mídia nacional, encontramos uma descrição clara sobre a moléstia:

L.E.R. (Lesões por Esforço Repetitivo) não é propriamente uma doença. É uma síndrome constituída por um grupo de doenças – tendinite, tenossinovite, bursite, epicondilite, síndrome do túnel do carpo, dedo em gatilho, síndrome do desfiladeiro torácico, síndrome do pronador redondo, mialgias –, que afeta músculos, nervos e tendões dos membros superiores principalmente, e sobrecarrega o sistema musculoesquelético.

Esse distúrbio provoca dor e inflamação e pode alterar a capacidade funcional da região comprometida. A prevalência é maior no sexo feminino. Também chamada de D.O.R.T. (Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho), L.T.C. (Lesão por Trauma Cumulativo), A.M.E.R.T. (Afecções Musculares Relacionadas ao Trabalho) ou síndrome dos movimentos repetitivos, L.E.R. é causada por mecanismos de agressão, que vão desde esforços repetidos continuamente ou que exigem muita força na sua execução, até vibração, postura inadequada e estresse. Tal associação de terminologias fez com que a condição fosse entendida apenas como uma doença ocupacional, e que existem profissionais expostos a maior risco: pessoas que trabalham com computadores, em linhas de montagem e de produção ou operam britadeiras, assim como digitadores, músicos, esportistas, pessoas que fazem trabalhos manuais, por exemplo tricô e crochê (VARELLA).

Também é destaque o **alcoolismo** que, sob a nomenclatura de *embriaguez habitual ou em serviço* integra o rol de hipótese para a despedida motivada por culpa do empregado (artigo 482, f, da CLT). Esta problemática tem superado o preconceito inicial da sua percepção como desvio de caráter e passou a ser considerado também como doença – ainda que não especificamente de origem ocupacional, numa primeira leitura, mas certamente deflagrando importante repercussão no ambiente laboral por aqueles trabalhadores acometidos desta limitação. Neste particular, tramita no Congresso Nacional projeto de lei, cujo relator é o Senador Rodrigo Rollemberg (PSB – DF), que estabelece que “O trabalhador dependente de álcool só poderá ser demitido por justa causa quando recusar tratamento médico, inclusive os oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS)”. Este projeto foi aprovado em 12.10.2012 na Comissão de Assuntos Sociais do Senado e segue para votação na Comissão de Constituição e Justiça antes de ser remetido à Câmara dos Deputados. Este projeto de lei evidencia uma ótica já reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela jurisprudência majoritária do País, na medida em que a demissão sumária agrava ainda mais a moléstia evidenciada, intensificando a baixa estima do dependente.

Levantamento apresentado pela OMS, em 2006, apontava o alcoolismo como o 3º maior problema de saúde pública do País, só perdendo para males do coração e tumores. O consumo excessivo de álcool foi evidenciado como responsável por mais de 10% dos problemas de saúde pública no Brasil. Na época, restou veiculado também que o governo brasileiro se opôs, perante a OMS, a adotar políticas públicas efetivas para controle da bebida – elevação do preço, em evidente submissão a indústria deste segmento (INOVABRASIL, 2006).

Por fim, cabe referir, ainda, sobre a **AIDS**. Para tanto, me valho de trechos do artigo produzido por Letícia Renata Marchioro Rech (Acadêmica do curso de Fisioterapia da UCS/RS), coordenada por sua professora, Sra Simone Ávila

(Mestre em Ciências do Movimento Humano. Professora do curso de Fisioterapia da Universidade de Caxias do Sul), intitulado “AVALIAÇÃO DO NÍVEL DE CONHECIMENTO SOBRE HIV/AIDS DE FISIOTERAPEUTAS E GRADUANDOS EM FISIOTERAPIA PARTICIPANTES DE REDES SOCIAIS”. A atualidade do texto produzido, bem como a redação acessível e direcionada ao público, merecem descortinar seus resultados para os esclarecimentos sociais pretendidos na presente análise. A seguir:

O vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) é um retrovírus capaz de ficar encubado no organismo humano por tempo indeterminado sem se manifestar. É este retrovírus que causa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

A AIDS é uma doença do sistema imunológico causada pelo HIV. Esta condição diminui progressivamente a eficácia do sistema imunológico e deixa as pessoas suscetíveis a infecções oportunistas. O HIV é transmitido através do contato direto de uma membrana mucosa ou na corrente sanguínea com um fluido corporal que contém o HIV, tais como sangue, sêmen, secreção vaginal, fluido preseminal e leite materno. Esta transmissão pode acontecer de diversas maneiras: durante o sexo anal, vaginal ou oral, transfusão de sangue, agulhas contaminadas, entre a mãe e o bebê durante a gravidez, parto, amamentação ou outra exposição a um dos fluidos corporais acima.

O Vírus da Imunodeficiência humana (HIV) e da AIDS fundamenta um dos maiores problemas contemporâneos da Saúde pública mundial e teve seu primeiro caso relatado no Brasil na década de 1980, tornando-se uma pandemia que ainda hoje desafia os órgãos públicos de saúde.² As primeiras notícias sobre a doença vieram através da mídia, que se referia como “Câncer Gay”, pois havia grande prevalência em jovens homossexuais masculinos, porém com o passar do tempo observou-se casos que envolviam pessoas com hemofilia e usuários de drogas injetáveis. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2010 havia sido informado 544.846 casos de AIDS no país.

[...]

A infecção pelo HIV pode ser dividida em três fases: infecção aguda, período de incubação do HIV (variando de 3 a 6 semanas), onde os primeiros sintomas assemelham-se aos de uma gripe, com febre, fadiga, cefaléia, suores noturnos e até náuseas, vômitos e/ou diarreia. Na fase assintomática (pode perdurar por muitos anos) o vírus ainda é controlado pelo sistema imunológico que não permite o surgimento de novas doenças. Já a fase sintomática caracteriza-se pela alta redução dos linfócitos TCD4+, que leva a um emagrecimento associado à diarreia, fadiga, candidíase oral e vaginal, gengivite, úlceras aftosadas, leucoplasia pilosa oral, herpes simples recorrente e herpes zoster. A AIDS é o estágio mais avançado da infecção causada pelo HIV, e ocorre devido a imunossupressão do sistema imunológico, levando ao surgimento de doenças oportunistas, que são geralmente de origem infecciosa, e podem ser causadas por vírus (Citomegalovirose, Herpes Simples e Herpes Zoster), bactérias (pneumonias), protozoários (toxoplasmose),

fungos (Candidíase) e certas neoplasias (Sarcomas de Kaposi) e critérios laboratoriais: contagem de células CD₄⁺ igual ou menor a 350. Sabe-se que, normalmente, os doentes morrem por complicações causadas pelas doenças oportunistas.

Estas digressões, pinçadas da extensa literatura existente na atualidade, constituem amostras mínimas das apreensões da sociedade, da leitura falha que fazemos acerca da realidade íntima daqueles cidadãos acometidos de moléstias, momentâneas ou perenes. A sociedade, como caldo de relações interpessoais, assimila estas realidades, interagindo ou excluindo, ignorando ou conformando-se, de acordo com a cultura mas também com a eleição dos princípios que devem nortear o ordenamento jurídico, avançando na coexistência dos seres.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS REAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Apresentados estes registros exemplificativos, as moléstias supraidentificadas são algumas das tantas que se apresentam nas relações interpessoais e, portanto, também no mundo do trabalho. Neste contexto, o trabalhador, acometido de qualquer moléstia, tem direito a fruição a auxílio-doença, e, se enquadradas nos artigos 19 e 20 da lei previdenciária, tem direito a requerer o benefício de auxílio-doença acidentário, desde que segurado pela Previdência Social, e neste último caso agregando ao seu patrimônio jurídico a garantia provisória no emprego estabelecida no artigo 118 da Lei 8.213/91.

Neste sentido, a jurisprudência é clara e pacificada na Súmula 378 do TST:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/91 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2012).

Além disso, recentíssimo é o programa TRABALHO SEGURO – Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, coordenados pelo TST e CNJ, que estabelece várias políticas coordenadas no sentido de coibir a crescente

estatística de acidentes e doenças do trabalho. Agregado a esta investida do poder judiciário, o executivo e legislativo também o fazem, o que se percebe pela análise das diversas inclusões no site www.trabalhosseguro.com.

Estabelecidos estes parâmetros fáticos e legais mínimos, adentramos no objetivo do trabalho – a discriminação por doença. Independentemente se o trabalhador é acometido por moléstias as mais variadas ou as decorrentes do trabalho, ou ainda sequelas físicas ou psicológicas por acidente de trabalho típico, o fato é que o empregado, nestas condições, agrega a si um estigma, gerado por preconceito, medo ou descrença, e neste último, também quanto ao restabelecimento da sua capacidade de produzir e reinserir-se no mercado de trabalho.

Não há como negar a circunstância. Tanto assim que a recente edição da **Súmula 443 do TST**, editada a partir da Resolução TST nº 185, de 14.09.2012, preconiza **presunção de dispensa discriminatória** do empregado **portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito** (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2012). Torna inválido o ato (destacando-se que a dispensa imotivada, na origem legal, é direito potestativo do empregador), tendo o empregado direito à reintegração no emprego.

Na obra, “**O Trabalhador e o HIV/AIDS**” (Brasília, 2000), produzido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, evidencia-se o trabalho desenvolvido por este órgão desde 1995 no Programa para Implantação da Convenção nº 111/OIT, que trata da discriminação no Emprego e Ocupação. Nesta cartilha, são registrados os mecanismos construídos para amparar o trabalhador portador da moléstia. A exemplo, a CAT-HIV/AIDS – Central de Atendimento ao Trabalhador Vivendo com HIV/AIDS – em funcionamento na Delegacia Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, desde fevereiro de 1998, serviço implantado junto a divisão de segurança e saúde do trabalhador, que visa mediar conflitos, litígios e impasses decorrentes de pessoas vivendo com HIV/AIDS nas empresas, usando o método do acolhimento e afastamento do elemento discriminatório dos relacionamentos laborais. Prevê encaminhamento para outros órgãos e esclarecimento ao empregador acerca da observância da Portaria nº 3.195/88 e quanto aos programas de prevenção de AIDS no local de trabalho, bem como agendamento de palestras no local de trabalho quando necessário. No caso, a cartilha alerta de forma clara que o preconceito é acharmos que o convívio profissional com as pessoas com HIV ou AIDS pode nos contaminar; e este nos leva a DISCRIMINAÇÃO – rotulando as pessoas como ‘boas’ ou ‘não-boas’ para o nosso convívio, tratando-os de modo diferenciando – afastando o soropositivo do nosso convívio, mas não nos protegendo contra o vírus. A partir daí, a cartilha explica como o HIV pode ser transmitido, como evitar a transmissão, destacando que cumpre garantir ao doente de AIDS e ao portador de HIV a continuidade da atividade laboral, pois ela, antes de representar a preservação da subsistência, representa a preservação da vida. Destaca que **o fato de o empregado ser portador**

de vírus da AIDS não lhe prejudica a capacidade de trabalho, não representa situação de risco o convívio social ou profissional, sendo que a prevenção de infecções no local de trabalho se dá pela correta informação e procedimentos preventivos e não com o afastamento do empregado portador, incumbindo ao empregador que haja segundo os preceitos de ética de sigilo, proporcionando a manutenção da qualidade de vida deste empregado. Importante, nesta cartilha, os esclarecimentos sobre a garantia constitucional contra a atitude discriminatória do empregador, no caso do empregado tomar ciência de resultado positivo em exame anti-HIV, o direito a sigilo, nos termos do inciso X do artigo 5º – não obrigando o empregado a informar ao médico da empresa; a vedação a exigência de exame anti-HIV para admissão (respaldado pela Portaria nº 1.249/2010, de 31 de maio de 2010, baixada pelo Ministério da Saúde, que proíbe que as empresas do Brasil exijam de seus funcionários o teste de HIV em exames médicos admissionais e demissionais, avaliações periódicas ou em decorrência de mudanças de cargo do trabalhador, de forma direta ou indireta) e, portanto, vedada a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou à sua manutenção”. A referida cartilha indica órgãos de denúncia da empresa; e ressalta que, a época em que publicada (2000) o empregado portador de vírus da AIDS não detinha estabilidade no emprego – ainda que a legislação impedisse a despedida pelo fato de ser enfermo ou portador de HIV. Destaca que o parecer nº 11/92 do conselho Federal de Medicina informa que não existe necessidade de afastamento médico do trabalhador da área de saúde portador de HIV, recomendando a não-realização de procedimentos invasivos que, acidentalmente, possam provocar ferimentos. Destaca-se, ainda, o artigo 3º da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1359/92 – no qual

O médico que presta seus serviços a empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à seção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função.

A referida cartilha assevera, em caso de conhecimento dos colegas de trabalho, acerca da condição de soropositivo de um trabalhador, que ao empregador incumbe observar, sob pena de responsabilidade, o teor da Portaria Interministerial 3.195/88 para promover programas de prevenção e esclarecimentos sobre HIV/AIDS, a fim de ressaltar que a doença não se transmite no convívio social e não oferece riscos à saúde dos demais. Destaca, ainda, em caso de debilidade da saúde, encaminhamento do trabalhador para auxílio-doença (a Lei 7.670/88 evidencia que não há exigência de carência de 12 meses ao portador de HIV) ou aposentadoria por invalidez, ou ainda reabilitação funcional do INSS (artigo 89 da Lei 8.213/91).

As políticas públicas avançaram, mas a conscientização se revela cíclica. E as campanhas agora se voltam para a atenção direta aos jovens,

que apesar de conscientes do risco, literalmente tem desconsiderado (negligenciado) os métodos de prevenção, em desatenção a valorização e preservação da sua vida e dos próximos.

De outra parte, não é possível tratar de discriminação por doença sem revisitar a questão da **Embriaguez Habitual** ou em serviço – que enfrenta a antiga identificação como causa para aplicação da penalidade máxima e o evidente preconceito que a envolve. O artigo do Dr. Mauro Cesar Martins de Souza, Juiz do TRT da 15ª Região, discorre sobre a matéria sob a ótica da perda da capacidade do empregado e suas responsabilidades no contrato de trabalho encetado. Destaca que isto se dá porque o álcool, substância psicoativa que pode interferir no funcionamento do cérebro, pode comprometer as funções cognitivas do indivíduo – tais como memória, concentração, atenção, capacidades de planejamento, abstração e execução de ações complexas – prejudicando desempenho e rendimento do trabalhador. Apresenta estatísticas preocupantes (datados de 2000, vinculados ao Estado de São Paulo) sobre o percentual de dependência (01 em cada 06 que experimenta álcool, para homem, e 01 em cada 17 para mulher) e as tendências e fatores que predominam nas razões de sucumbir ao domínio da bebida alcoólica. Destaca que o alcoolismo é doença reconhecida formalmente pela OMS (e definida por este), sendo enfermidade progressiva, incurável e fatal e consta no CID como as classificações 291 (psicose alcoólica), 303 (síndrome da dependência ao álcool) e 305.0 (abuso do álcool sem dependência). Define o autor o alcoolismo agudo como a embriaguez, onde a intoxicação é imediata; mas pode se tornar crônico com o uso habitual, impregnação constante do organismo pela droga – caracterizando a embriaguez habitual. Na CLT enquadrada como causa típica de falta grave no emprego, nos termos do artigo 482, alínea 'f' – que autoriza a extinção do contrato de emprego por justa causa, pelo empregador. Está ligada a perda de confiança do empregador, porquanto na maioria das vezes acontece fora do local de trabalho a embriaguez habitual. Nas palavras de Gomes & Gottschalk, visa o dispositivo de lei liberar o empregador do ébrio contumaz, nocivo a empresa **como mau exemplo a outros trabalhadores, como inconveniente a produção**. As justificativas doutrinárias para a inserção do dispositivo de lei referem-se a ação indireta do Estado contra a propagação do alcoolismo. A jurisprudência já se debruçou inúmeras vezes sobre a identificação da condição de embriaguez habitual, que não é o foco do nosso trabalho. No entanto, sobretudo a partir da Carta Política de 1988, novas luzes vem sendo apresentadas sobre o tema, em face do problema social que se traduz a doença em questão – reforçando-se as vozes (agora quase uníssonas) no sentido de que o doente alcoólico deve ser afastado do trabalho, sem ruptura do contrato de emprego, e submetido a tratamento médico, através da Previdência Social. Ao encontro deste sentimento o projeto de lei já mencionado.

No caso de **LER/DORT**, assim como da **depressão**, os estudos científicos apontam para mais um fator de fragilização do trabalhador, que se agrega

ao sofrido por aqueles que enfrentam moléstias tais como as já citadas – a desconfiança do médico do INSS, além da chefia e dos colegas e mesmo familiares. Isto porque a doença, em regra, não é visível, não é paupável, não apresenta comprovação física da sua existência (ao menos no início do quadro). Os cidadãos **acometidos destas moléstias são acusados de simulação**, por conta de outros tantos que assim agem, o que não pode servir de justificativa para descaso ou conduta hostil para com os efetivamente acometidos pelas moléstias em análise. A generalização agrava os sintomas psíquicos de incapacidade, desvalorização, desperdícios dos anos de vida, discriminação no ambiente de trabalho.

Neste contexto, utilizando os casos exemplificativos supra, observa-se que a relação entre as doenças a que o trabalhador estiver acometido (por interferência ou não do trabalho) e a discriminação no ambiente de trabalho apresenta origem na evidente redução da capacidade deste trabalhador de doar-se ao trabalho, de expandir a sua disponibilidade pessoal em proveito do empregador – com maior ou menor tempero no preconceito e no medo (de contágio, de estigma, de identificação dos colegas e da chefia com o trabalhador discriminado, etc.). A organização do trabalho, como praxe, fixa normas e parâmetros, nas empresas, estabelecendo quem deve executar as tarefas, como e quando, a qualidade exigida, equipamentos necessários ou disponíveis, quantidades a serem produzidas, e demais parâmetros que atendem a um nível de produtividade/qualidade que não se baseia na média, mas numa superação da média – objetivando crescimento e lucratividade. E, não por acaso, é importante que se diga que a causa/agravamento/desencadeamento da maioria das doenças está justamente relacionada com a pressão no trabalho, restrição da comunicação entre os trabalhadores, pouco reconhecimento no trabalho e o não-emprego de novas tecnologias para aliviar a carga de trabalho, entre outros fatores que exsurgem da relação de emprego nos tempos atuais (em especial a partir da década de 70).

Vários estudos científicos apontam estas circunstâncias como causa de sofrimento que exsurge da relação do trabalhador com o seu trabalho – formando um círculo vicioso, porque causam ou tornam-se concausa, fatores de agravamentos ou desencadeantes de doenças e, ao mesmo tempo, aqueles que são acometidos pelas doenças, estes mesmos elementos lhes impedem a reinserção no mercado de trabalho, por sua fragilidade pessoal adquirida.

Se um círculo vicioso se apresenta, isso deve ser encarado como um problema de saúde pública a ser enfrentado. O primeiro passo é o seu reconhecimento. A partir daí estabelecer as políticas públicas de combate – conscientização, fiscalização, penalização. E a busca de um novo paradigma, que na ótica em análise, enseja o aprofundamento dos estudos acerca do **princípio da solidariedade**, que se apresenta como esteio constitucional, nos termos do artigo 3º, I, da Carta Constitucional, e permeia e se consolida em todos os ramos do ordenamento jurídico porquanto constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa, livre e **solidária**.

5 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A DISCRIMINAÇÃO

Transcrevo trecho do artigo '*O Princípio Constitucional Da Solidariedade e Seus Reflexos No Campo Contratual*, de Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior:

Para Nelson Rosenvald o direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum.

E prossegue afirmando que:

Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º [CF/88] **enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial**. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade.

Daniel Sarmento aduz que a solidariedade “implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum” e prossegue afirmando que:

Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.

No nosso o sistema jurídico brasileiro vigente, a perspectiva solidarista encontra fundamento inclusive no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que não constitui mera retórica, senão vejamos: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

Sob o ponto de vista da teoria geral do direito e a sua análise macro, não se pode esquecer a avaliação da igualdade e da solidariedade não apenas como princípios ou valor, mas como designação genérica de Direitos, em sentido amplo, identificados como de terceira ou quarta dimensão. Neste particular, as constatações de Paulo Sérgio Rosso (2007) no artigo intitulado ‘Solidariedade e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988’. Senão, vejamos:

Bonavides menciona que os direitos de quarta dimensão seriam aqueles que atinam à democracia, à informação e ao pluralismo. Nessa clássica concepção das “dimensões de direitos”, podem-se localizar os direitos de solidariedade como posicionados na mais recente “onda” de direitos, ou seja, a quarta dimensão, havendo óbvia interligação, por exemplo, entre solidariedade e meio ambiente (pode-se afirmar que há uma solidariedade entre gerações) ou solidariedade e democracia. Muito embora a indicação de quais seriam, exatamente, os afirmados direitos de “quarta geração” seja ainda discutível, pairando discussões atinentes à própria existência desses direitos, a verdade é que a idéia de solidariedade está em plena consonância com as modernas preocupações do direito, em razão da chamada quarta geração de direitos fundamentais, constituída justamente pelos designados “direitos ecológicos” ou “direitos de solidariedade”.

Canotilho observa:

Canotilho observa: A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao património comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos. Por vezes, estes direitos são chamados direitos de quarta geração. Entretanto, não seria equivocado situar a solidariedade entre os direitos de terceira geração, inclusive pela proximidade entre os termos “solidariedade” e “fraternidade”, terceiro item do lema preconizado pela Revolução Francesa.

Mas como o próprio autor deste artigo ressalta, não se pode confundir os direitos de igualdade e de solidariedade, e a nova onda de direitos avaliadas no contexto macro, com os princípios constitucionais em evidência no presente estudo – que buscam uma implementação objetiva, na realidade social em que eleitos, como forças motrizes de transformação e evolução.

E, para a presente avaliação, da concretude dos princípios da igualdade e da solidariedade como contraponto a situações concretas de discriminação, importam as constatações de Nabais (2005, p. 110-140) que sistematiza os estágios desta evolução. A seguir:

Vê-se que cidadania e solidariedade são conceitos irmãos. Nabais fala em cidadania solidária. Comenta que, num primeiro estágio, a cidadania era entendida como uma situação de passividade, traduzida na “liberdade comum” a ser usufruída por todos os cidadãos, destinada à preservação da vida, liberdade e propriedade. Num segundo instante, a idéia de

cidadania passa a ter um conteúdo ativo, passando a designar mais propriamente a atuação no indivíduo na condução do Estado. Cidadania é tema diretamente ligado à idéia do voto e da ampla participação política. Por fim, chega-se a um terceiro estágio, no qual se incorpora a idéia de cidadania solidária em que o cidadão assume a condição de protagonista na vida pública. O cidadão não mais depende do Estado para atuar; é, também, seu direito e dever laborar pela implementação das reformas sociais desejadas pela Constituição. Utilizando-se do mesmo raciocínio, especificamente quanto ao princípio da solidariedade, Nabais classifica-a quanto aos seus **efeitos em vertical e horizontal**. A primeira visão – **solidariedade vertical** – seria aquela mais comumente identificada com os deveres do Estado. Constituindo-se um **Estado social**, os órgãos públicos estão obrigados a buscar a minimização das desigualdades, corrigindo os desníveis sociais, implantando e efetivando os direitos em benefício de todos os membros da sociedade: “Podemos dizer que foi este tipo de solidariedade a que foi convocada para a resolução da chamada questão social, quando a pobreza deixou de ser um problema individual e se converteu num problema social a exigir intervenção política.” Por outro lado, a solidariedade pode também ser vista em seu **sentido horizontal**, agora não tomada apenas como um dever do Estado, mas também como obrigação de toda a sociedade civil. Determina a solidariedade que a efetivação dos direitos fundamentais seja vista como obrigação não apenas do Estado, mas da própria sociedade. Cada cidadão é, também, vinculado à idéia de solidariedade. Essa segunda noção – solidariedade horizontal – como vinculadora da própria sociedade vem adquirindo especial importância pela verificação das limitações do Estado em garantir os direitos constitucionais. Segundo Nabais, essa manifestação da sociedade civil pode ser visualizada em duas constatações: 1) uma, concretizada na atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, que nunca deixaram de atuar socialmente mesmo quando o Estado social, apoiado no seu crescimento constante, chegou a julgar-se capaz de realizar todos os anseios dos seus cidadãos e substituir por inteiro a sociedade civil; 2) outra, expressa na solicitação e empenhamento do próprio Estado que, reconhecendo a sua incapacidade, mesmo quando atingiu a forma superlativa do Estado social, isto é, o Estado de bem-estar, se voltou para a sociedade civil.

A noção de “**dever de solidariedade**” é, portanto, o estágio mais **avançado da cidadania**. O princípio da solidariedade “explica” a existência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Pode ser encarado como a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se tenho direitos, tenho, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil que a minha.”

Nesta avaliação, em que estágio estamos? Por vezes, se percebe que esta resposta se amolda a circunstância específica em que indagada, do ponto de vista de maior ou menor influência reflexiva na vida íntima ou impacto econômico àquele que responde.

6 CONCLUSÃO

A gênese, ressaltemos, de nossos problemas e soluções no que respeita ao fator de discrimen por doença, está na evolução dos princípios éticos do indivíduo, desenvolvidos desde eras primevas, mas atualmente constituem, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, como fundamentos da sociedade organizada. No Brasil, elegemos na nossa Constituição Federal os fundamentos da República (artigo 1º), que no estudo em análise sublinha a cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Mas também nesta Constituição ressaltamos como objetivos fundamentais da República (artigo 3º) construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, torna-se um exercício de legalidade, eleito por nós, porquanto consagrado na nossa Constituição Federal, a tarefa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas. Neste particular, equalizar nas relações de trabalho e nas relações sociais em geral a busca da felicidade (pessoal) e da harmonia (social) atendendo aos ditames que os princípios éticos sugerem e as normas estabelecem.

Neste contexto, o princípio da igualdade, insculpido no caput do artigo 5º da Carta Magna, está interligado à ideia de solidariedade (presente nos artigos 1º e 3º da Carta Magna), porque, como cidadãos unidos pelos mesmos direitos e garantias, bem como deveres e obrigações, somos iguais, não se cogitando de solidariedade sem que haja igualdade – e vice-versa. Portanto, os direitos fundamentais, entre eles está o de igualdade, ensejam o dever de solidariedade, construindo-se a partir daí a conclusão de que aos fracos e desamparados, aos desvalidos e doentes (no caso em análise), é garantido o direito de serem preservados seus direitos – entre eles a dignidade e o respeito, e todas as garantias preservadas a quem se encontra em plena condição de saúde e de trabalho. É o que se busca. É o que todos queremos. Como conquista, como concretude da justiça social, da paz social, intimamente.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Maria do Carmo Baracho de; OTA, Natacha Harumi. O Afastamento do Trabalho por LER/DORT: repercussões na saúde mental. *Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 22, nº 1, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-91042011000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 nov. 2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no Local de Trabalho: um enfoque de Direito Internacional e Comparado. *Revista Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária*, Porto Alegre, ano 13, nº 148, p. 5-21, out. 2001.

BARZOTTO, Luciane Cardoso (Coord.). *Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BORJAS, George. *Economia do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: McGraw-Hill, 2012.

BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>.

_____. Ministério da Previdência Social. *Instrução Normativa INSS/PRES nº 31*, de 10 de setembro de 2008. Dispõe sobre procedimentos referentes ao Nexo Técnico Previdenciário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-PRES/2008/31.htm>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 378*. Estabilidade Provisória. Acidente do trabalho. Res. 185/2012. Publicado no DEJT em: 25.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 443*. Dispensa discriminatória. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Res. 185/2012. Publicado no DEJT em: 25.09.2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *A Saúde do Trabalhador como Fator de Discriminação no Trabalho. Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 21, nº 245, p. 43-52, maio 2004.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. *O Princípio Constitucional da Solidariedade e seus Reflexos no Campo Contratual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9925/o-principio-constitucional-da-solidariedade-e-seus-reflexos-no-campo-contratual#ixzz2BsgFvKJ0>>. Publicado em: maio 2007.

ERMIDA URIARTE, Oscar. AIDS e Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, nº 83, p. 48-56, set. 1993.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Proteccion, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminacion. *Cadernos da Amatra IV*, Porto Alegre, ano 6, nº 15, p. 9-23, jun. 2011.

FERNANDES, Fábio de Assis Ferreira. A Discriminação na Dispensa por Justa Causa do Empregado Portador de Doença do Alcoolismo e o Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, Ano 69, nº 6, p. 699-712, jun. 2005.

NOVABRASIL. O Alcoolismo é o Principal Problema de Saúde Pública no Brasil, afirmam pesquisadores da Unifesp. Disponível em: <<http://inovabrasil.blogspot.com.br/2006/07/alcoolismo-o-principal-problema-de-sade.html>>. Publicado em: 02 jul. 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

LIMA FILHO, Francisco das C. Demissão Discriminatória do Trabalhador Portador de Doença. *Decisório Trabalhista*, Curitiba, nº 180, p. 7-23, jul. 2009.

MEIRELES, Cláudio de Alcântara. Discriminação nas Relações de Trabalho: DST/AIDS e saúde da mulher: aspectos jurídico-trabalhistas na discriminação da mulher: Portaria de HIV/AIDS. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 11, nº 21, p. 41-52, mar. 2001.

MENDES, Marco Antônio Miranda. Proteção Jurídica contra a Discriminação do Empregado com AIDS. *Revista Síntese Administrativa e Previdenciária*, Porto Alegre, ano 12, nº 142, p. 16-24, abr. 2001.

MOUTINHO, Lídia Clément Figueira. Novas Formas de Organização dos Trabalhores, Efeitos sobre a Saúde dos Trabalhadores, Estigmatização e Discriminação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, ano 35, nº 64, p. 251-276, jan./jun. 2010.

NABAIS, J. C. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [Coords.]. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. A Discriminação do Obeso. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, nº 340, p. 44-45, mar. 2011.

RANDS, Maurício. Direito do Trabalho e AIDS. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 62, nº 4, p. 478-482, abr. 1998.

ROSSO, Paulo Sérgio. Solidariedade e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, a. 2, v.1, ago./dez. 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho e as Diversas Formas de Discriminação. *Síntese Trabalhista e Administrativa e Previdenciária*, Porto Alegre, ano 14, nº 166, p. 5-11, abr. 2003.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Embriaguez Habitual: justa causa x preconceito. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 17, nº 204, p. 12-18, dez. 2000.

O TRABALHADOR e o HIV/AIDS. 2. ed., Brasília, DF: TEM Assessoria Institucional, 2000.

VIANA, Marco Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

VARELLA, Dráuzio. Lesões por Esforço Repetitivo: L.E.R./D.O.R.T. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/l/lesoes-por-esforcos-repetitivos-l-e-r-d-o-r-t/>>.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE – PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

ROZI ENGELKE*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pessoa com deficiência – Conceito; 2.1 Tipos de deficiência; 2.2 Nomenclatura; 3 Lei de cotas para deficientes – Necessidade; 4 Direito internacional e comparado; 5 Direito brasileiro – Ações afirmativas; 6 Garantia social ao emprego da pessoa portadora de deficiência; 7 Formas de controle e reparação das ações discriminatórias; 8 Assistencialismo – Benefício de prestação continuada – Previdência social; 9 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Igualdade foi eleito como tema de estudos do Grupo de Direito Material do Trabalho da Escola Judicial do TRT da 4ª Região para análise e aprofundamento de estudos pelos seus integrantes, sendo o enfoque do estudo a não discriminação por deficiência física ou mental, sendo analisado o mercado de trabalho do deficiente como um direito fundamental deste trabalhador.

O processo de exclusão, historicamente imposto às pessoas com deficiência, deve ser superado por intermédio da implementação de políticas afirmativas e pela conscientização da sociedade acerca das potencialidades desses indivíduos.

Este estudo visa aprofundar o conhecimento dos integrantes do grupo acerca das ações afirmativas no Brasil contra a discriminação das pessoas portadoras de deficiência como forma de cumprimento do Princípio da Não Discriminação previsto constitucionalmente.

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA – CONCEITO

No Brasil há duas normas internacionais devidamente ratificadas, o que lhes confere status de leis nacionais, que são a Convenção nº 159/83 da OIT, ratificada por meio do Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991 e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também conhecida como Convenção da Guatemala, que foi promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Ambas conceituam deficiência, para fins de proteção legal, como *uma limitação física, mental, sensorial ou múltipla, que incapacite a*

* Juíza do Trabalho Substituta – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

pessoa para o exercício de atividades normais da vida e que, em razão dessa incapacitação, a pessoa tenha dificuldades de inserção social (BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conceito de pessoa com deficiência para Lei de Cotas).

Nesse diapasão está o Decreto nº 3.298/99, cuja redação foi atualizada após longas discussões no Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), pelo Decreto nº 5.926/04 e que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção.

Destarte, para o trabalhador ser considerado, perante a regulamentação, como portador de deficiência, deve atender um ou mais dos requisitos abaixo:

Veja-se, assim, o conteúdo da norma em comento:

Decreto nº 3.298/99

[...]

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Releva notar que pessoas com visão monocular, surdez em um ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física que não implique impossibilidade de execução normal das atividades do corpo, não são consideradas hábeis ao fim de que se trata.

Embora não citado no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego, o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 que Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007 tem como propósito:

[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Também conceitua referido Decreto:

Pessoas com deficiência como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

2.1 Tipos de deficiência

Segundo a Organização Mundial de Saúde, deficiência é o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. Refere-se, portanto, à biologia do ser humano.

A expressão “pessoa com deficiência” pode ser atribuída a pessoas portadoras de qualquer tipo(s) de deficiência. Porém, em termos legais, esta mesma expressão é aplicada de um modo mais restrito e refere-se a pessoas que se encontram sob o amparo de determinada legislação.

É designado “deficiente” todo aquele que tem um ou mais problemas de funcionamento ou falta de parte anatômica, embargando com isto dificuldades a vários níveis: de locomoção, percepção, pensamento ou relação social.

No Brasil, o deficiente é caracterizado, para fins das ações afirmativas do Governo Federal como sendo:

Decreto nº 3.298/99:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
- b) de 41 a 55 db - surdez moderada;
- c) de 56 a 70 db - surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 db - surdez severa;
- e) acima de 91 db - surdez profunda; e
- f) anacusia;

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

2.2 Nomenclatura

A legislação brasileira que visa a proteção da pessoa portadora de deficiência perante o mercado de trabalho, datada de 1991, os Decretos posteriores e a própria Organização Internacional do Trabalho, nominam desta forma as pessoas com limitações físicas ou mentais.

Já os grupos de inclusão social, onde discussões recentes sobre a forma de procedimentalização desta inclusão são frequentes, preferem a denominação “pessoas com necessidades especiais”. Tanto é assim que a Lei nº 10.172/2001 que trata do Plano Nacional da Educação apresenta esta forma de tratamento das pessoas portadoras de deficiência;

Lei nº 10.172/2001:

[...]

8. EDUCAÇÃO ESPECIAL

8.1 Diagnóstico

A Constituição Federal estabelece o direito de as pessoas com necessidades especiais receberem educação preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). A diretriz atual é a da plena integração dessas pessoas em todas as áreas da sociedade. Trata-se, portanto, de duas questões – o direito à educação, comum a todas as pessoas, e o direito de receber essa educação sempre que possível junto com as demais pessoas nas escolas “regulares”.

[...]

Em nível de pedagogia e psicologia, o termo “pessoas com necessidade especiais” é amplamente difundido e utilização em detrimento do termo legal “pessoas portadoras de deficiência”.

3 LEI DE COTAS PARA DEFICIENTES – NECESSIDADE

Embora as conquistas, a partir da Revolução Francesa de 1789, tenham possibilitado a consolidação da concepção de cidadania, elas não foram suficientes para emprestar plena validade ao Princípio da Igualdade, pois se constatou que a mera declaração formal das liberdades nos documentos e nas legislações esboroava, ruía, frente à inexorável exclusão econômica da maioria da população. Tratou-se, então, já no século XIX, de se buscar os direitos sociais com ações estatais que compensassem aquelas desigualdades, municiando os desvalidos com direitos implantados e construídos de forma coletiva, em prol da saúde, da educação, da moradia, do trabalho, do lazer e da cultura para todos.

Foi apenas depois da Segunda Guerra Mundial, porém, que a afirmação da cidadania se completou, eis que, só então, percebeu-se a necessidade de valorizar a vontade da maioria, respeitando-se, contudo, as minorias, suas necessidades e peculiaridades. Verificou-se claramente que a maioria pode ser opressiva, a ponto de conduzir legitimamente ao poder o nazismo ou fascismo. Para que isso não se repetisse na História, fez-se premente a criação de salvaguardas em prol de todas as minorias, uma vez que a soma destas empresta legitimidade e autenticidade àquela.

Este é o fundamento primeiro das políticas em favor de quaisquer minorias. Quanto às pessoas com deficiência, é necessário superar o viés assistencialista e caridoso, excludente por si só, para possibilitar a inclusão efetiva desta minoria.

Os deficientes devem passar a ser sujeitos do próprio destino, não mais meros beneficiários de políticas de assistência social. O direito de ir e vir, de trabalhar e de estudar é a mola mestra da inclusão de qualquer cidadão e, para que se concretize em face das pessoas com deficiência, há que se exigir do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, Constituição Federal), por meio da implantação de políticas públicas compensatórias e eficazes.

As empresas, por sua vez, devem primar pelo respeito ao princípio constitucional do valor social do trabalho e da livre iniciativa, para que se implementem a cidadania plena e a dignidade do trabalhador com ou sem deficiência (art. 1º e 170 da CF/88). Nesse diapasão, a contratação de pessoas com deficiência deve ser vista como qualquer outra, eis que se espera do trabalhador nessas condições profissionalismo, dedicação, assiduidade, e todos atributos ínsitos a qualquer empregado. É a mudança do pensamento do mero assistencialismo, para a criação de oportunidades de eficaz inclusão dos deficientes na vida social.

O fato de a Constituição Federal afirmar de que todos são iguais perante a lei não é excludente da medida afirmativa de que se cuida. Trata-se de materializar a igualdade real entre as pessoas a partir do pensamento de

que a verdadeira igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida da desigualdade.

Assim, de acordo com Arion Sayão Romita (2012):

[...] a idéia de igualdade deve converter-se em igualdade material. Deve inspirar medidas legislativas que reconheçam as situações concretas dessemelhantes, a fim de lhes dispensar tratamento diferenciado. Esta é a noção consagrada pelo Estado Social de Direito, que assimila a possibilidade material da existência de desigualdades fáticas existentes na vida real.

A igualdade permite o tratamento diferenciado de situações desiguais, a fim de restabelecer o equilíbrio rompido pela situação de inferioridade ou de debilidade de indivíduos econômicos socialmente desfavorecidos. Procura dispensar proteção a estes indivíduos, em busca de um equilíbrio social.

4 DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

A nível de direito comparado, a maioria dos países trata da inclusão da pessoa portadora de deficiência, não só países de primeiro mundo, como países em desenvolvimento (BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Direito internacional e comparado).

PORTUGAL: art. 28 da Lei nº 38/04 estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.

ESPANHA: a Lei nº 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.

FRANÇA: o Código do Trabalho Francês, em seu art. L3231, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.

ITÁLIA: a Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devam contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

ALEMANHA: a lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.

ÁUSTRIA: a lei federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25, ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.

BÉLGICA: existe sistema de cotas, porém, não há um percentual legal para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.

HOLANDA: o percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.

IRLANDA: a cota é de 3%, sendo aplicável somente para o setor público.

REINO UNIDO: o Disability Discrimination (DDA), de 1995, trata da questão do trabalho, vedando a discriminação de pessoas com deficiência em relação ao acesso, conservação e progresso no emprego. Estabelece, também, medidas organizacionais e físicas, para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência. O Poder Judiciário pode fixar cotas, desde que provocado e de que se constate falta de correspondência entre o percentual de empregados com deficiência existente na empresa e no local onde a mesma se situa.

ARGENTINA: a Lei nº 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

COLÔMBIA: a Lei nº 361/97 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.

EL SALVADOR: a Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar uma pessoa com deficiência.

HONDURAS: a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência, o Decreto nº 17/91, em seu art. 2º, fixa cotas obrigatórias para contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência, nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; duas, nas que tenham de 50 a 74 funcionários; três, nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e quatro, nas empresas que tenham mais de 100 empregados.

NICARÁGUA: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.

PANAMÁ: a Lei nº 42/99 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O Decreto Executivo nº 88/93 estabelece incentivos em favor de empregadores que contratem pessoas com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.

PERU: a Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratem, como, por exemplo, a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e

internacionais; preferência nos processos de licitação; e dedução da renda bruta de uma percentagem das remunerações paga às pessoas com deficiência.

URUGUAI: a Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratem pessoas com deficiência, mas não estabelece qualquer percentual.

VENEZUELA: a Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: inexistem cotas legalmente fixadas, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais, desde que provada, mesmo estatisticamente, a falta de correspondência entre o número de empregados com deficiência existente em determinada empresa e aquele que se encontra na respectiva comunidade. De qualquer modo, a The Americans with Disabilities Act (ADA), de 1990, trata do trabalho de pessoas com deficiência, detalhando as características físicas e organizacionais que devem ser adotadas obrigatoriamente por todas as empresas para receber pessoas com deficiência como empregadas.

JAPÃO: a Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o percentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados, havendo um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, fundo este que também custeia as empresas que a preenchem.

CHINA: a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município.

5 DIREITO BRASILEIRO – AÇÕES AFIRMATIVAS

Segundo ensina Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 35-38), as ações afirmativas, em um primeiro momento, instigaram e encorajaram as autoridades públicas, sem as obrigar, a tomar decisões em prol de grupos flagrantemente excluídos, considerando a raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas, fatores que, até então, consideravam-se irrelevantes. A pressão organizada desses grupos evidenciou as injustiças e impulsionou o estímulo a políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Nas décadas de 1960 e 1970, diante da constatação da inoperância das normas de mera instigação, e tendo em conta o aumento da pressão dos grupos discriminados, adotaram-se cotas rígidas, obrigatórias, que vieram a compor nas escolas, no mercado de trabalho e em outros setores da vida social um quadro mais representativo da diversidade dos povos.

A estatística era o principal instrumento de prova da discriminação objetiva, restando superada a preocupação com a intencionalidade na discriminação, de difícil prova, e que inviabilizava os avanços no sentido da sociedade inclusiva.

Assim, as ações afirmativas de firmam por conter elementos concernentes à compensação, à mobilização de grupos privados, à proatividade do Estado na direção dessa compensação e à materialização da igualdade real, concreta, objetiva.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40) apresenta um conceito bastante abrangente, que define as ações afirmativas como:

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Trata-se, então, de superar a proibição pura e simples da discriminação, que possibilitava, tão-somente, a reparação de danos *a posteriori*, muitas vezes impossível diante da exigência quase sempre intransponível da prova do ânimo discriminatório. As ações afirmativas compensam danos oriundos do passado, de condutas imemoráveis ou de raízes históricas profundas, e podem decorrer de imposição legal, judicial ou de ações voluntárias de entidades privadas instigadas ou não por leis abertas, de política de isenções fiscais, por exemplo, ou bolsas de ensino, e outras tantas.

Há que acrescentar a necessidade de outras perspectivas de proteção que abarquem grupos diversos, tais como as pessoas com deficiências, os homossexuais ou aquelas situações em que a pessoa pertença a mais de um grupo discriminado, como as mulheres negras com deficiência.

As ações afirmativas são, assim, medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional. Podem, portanto, decorrer da lei que institua cotas ou que promova incentivos fiscais, descontos de tarifas; podem advir de decisões judiciais que também determinem a observância de cotas percentuais, mas sempre em favor de grupos, porque o momento histórico da criação das medidas afirmativas foi o da transcendência da individualidade e da igualdade formal de índole liberal e também da mera observância coletiva dos direitos sociais genéricos, que implicavam uma ação estatal universal, buscando compensação social em favor dos hipossuficientes social e econômico. As ações afirmativas representam um corte de observação da realidade que incide na maioria desvalida, mas observa as peculiaridades das minorias que a compõem, tendo-se em vista a insuficiência das ações genéricas em si mesmas.

Os valores que lastreiam as ações afirmativas no Brasil estão contidos nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição brasileira. Asseguram tais normas os princípios da dignidade e cidadania, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, e o da igualdade real de todos perante a lei.

A Constituição, além dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, trata diretamente das pessoas portadoras de deficiência, nos seguintes artigos:

Art. 7º

[...]

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 37

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão;

[...]

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

Art. 227

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A nível infraconstitucional, o art. 93 da Lei nº 8.213/91, fixa percentuais de contratação obrigatória de pessoas com deficiências habilitadas, ou reabilitadas, exercendo ação afirmativa, e cuja implementação depende das empresas.

Preceitua a lei:

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:

I – até 200.....2%

II – de 201 a 500.....3%

III – de 501 a 1.000.....4%

IV – de 1.001 em diante.....5%

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após contratação de substituto de condição semelhante.

Trata-se de ação afirmativa para implementar uma iniciativa de combinação de esforços entre o Estado e a sociedade civil.

Cabe salientar que este dispositivo não é novo no ordenamento jurídico nacional, pois a Lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960, continha previsão semelhante no art. 55 para empresas com 20 ou mais empregados.

Conforme se depreende do texto de Sebastião Geraldo de Oliveira, a nova redação é mais objetiva e traz a influência benéfica da ação afirmativa, apesar de ter excluído o imenso contingente das pequenas empresas. Na Lei nº 3.807/60, havia a obrigação da reserva de cargos, mas faltava a obrigação de admitir.

Com a redação atual, não restam dúvidas de que o empregador, que se enquadre dentro do padrão estabelecido pela norma, está obrigado a reservar vagas e a contratar os portadores de deficiência para preenchê-las, sob pena de se considerar prática discriminatória.

Sendo a inclusão social a palavra-chave a nortear todo o sistema de proteção institucional da pessoa com deficiência no Brasil se depreende a ideia de que há um débito social secular a ser resgatado em face das pessoas com deficiência; a remoção de barreiras arquitetônicas e atitudinais acarreta a percepção de que os obstáculos culturais e físicos são opostos pelo conjunto da sociedade e excluem essa minoria do acesso a direitos fundamentais básicos. Cabe, portanto, à sociedade agir, combinando-se esforços públicos e privados para a realização de tal mister.

Em decorrência, a Lei nº 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, traça a diretriz central a ser aplicada ao tema em estudo, ao estabelecer que:

Art. 2º Ao Poder Público e a seus órgãos cabem assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos,

inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

III - na área da formação profissional e do trabalho:

- a. o apoio governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- b. o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- c. a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência;
- d. a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Também a Convenção nº 159 da OIT, ratificada pelo Brasil, milita em favor de ações combinadas entre Estado, sociedade civil e empresas para a efetiva inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, sendo de se ressaltar a esse respeito o que se contém no art. 5º do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89 e a Convenção em apreço, nos seguintes termos:

Art. 5º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios:

- I. desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto socioeconômico e cultural;
- II. estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bemestar pessoal, social e econômico; e
- III. respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

Recentemente a alteração legal da Lei nº 11.180/05 possibilita a formalização de contratos de aprendizagem para pessoas com deficiência, sem limite máximo de idade, tanto que assim dispõe:

Art. 18. Os arts. 428 e 433 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

[...]

§ 5º A idade máxima prevista no **caput** deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização. (NR)

Art. 433. O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

[...]

No Brasil, estas são as ações afirmativas legais tomadas pelo legislador com o fito de evitar/diminuir a exclusão da pessoa portadora de deficiência do mercado de trabalho.

6 GARANTIA SOCIAL AO EMPREGO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

É discutida na doutrina e jurisprudência se o percentual mínimo para contratação de trabalhadores portadores de deficiência pelas empresas com mais de 100 empregados e a limitação ao poder potestativo destas de dispensar este trabalhador antes da contratação de substituto de condição semelhante, corresponde a uma forma de estabilidade ou de garantia de emprego da pessoa portadora de deficiência.

A garantia de emprego advém de normas de cunho social e que visam impossibilitar o despedimento imotivado do trabalhador pelo empregador, mas não impõe qualquer formalidade para a rescisão contratual em face de existência de motivo justo ou não arbitrário.

De outra banda, a estabilidade – provisória ou não – impede a rescisão contratual, somente sendo possível após ajuizamento de procedimento

próprio, o inquérito para apuração de falta grave onde o contrato é resolvido judicialmente.

Assim, é certo que não se trata a garantia prevista na Lei nº 8.213/91, art. 93, § 1º de estabilidade, eis que para a dispensa do trabalhador – ainda que portador de deficiência, não há necessidade legal de inquérito para apuração de falta grave ou instituto semelhante, podendo a empresa dispensar de forma imotivada o trabalhador.

Caberia o entendimento, contudo, que há uma garantia do empregado portador de deficiência na empresa, mas, contudo, o TST, tem relativizado este entendimento sinalizando que há uma garantia de emprego social e não individual do trabalhador.

Abaixo, aresto com a posição uniforme da corte:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DISPENSA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE OUTRO FUNCIONÁRIO EM CONDIÇÕES SEMELHANTES. ART. 93, § 1º, DA LEI 8.213/91. ESTABILIDADE NO EMPREGO. LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE RESCINDIR O CONTRATO DE TRABALHO IMOTIVADAMENTE. Ao condicionar a dispensa de um empregado reabilitado à contratação de outro em condições semelhantes, a regra legal tem por fulcro manter o percentual de vagas para portadores de deficiência e profissionais reabilitados. A garantia no emprego não é, nesse contexto, individual, mas sim social. Nesse contexto, esta c. Corte tem entendido que, nesses casos, o empregador tem limitado seu direito potestativo de dispensar o reabilitado profissionalmente, porque condicionado o exercício desse direito à contratação de outro empregado em condições semelhantes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-RR-110900-61.2009.5.05.0134, julgado 10.04.2013, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga).

7 FORMAS DE CONTROLE E REPARAÇÃO DAS AÇÕES DISCRIMINATÓRIAS

Em caso de constatação de discriminação a pessoa portadora de deficiência, é cabível a denúncia junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, junto ao Ministério Público do Trabalho ou mesmo ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho possui a Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho tem como objetivo definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, em consonância com o princípio da unidade, respeitada a independência funcional, no combate à exclusão social e à discriminação no trabalho, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, bem como a atuação ágil onde necessária se faça a presença do Ministério Público do Trabalho, integrando seus membros no plano nacional,

de forma uniforme e coordenada. Sua atuação ocorre, principalmente, em torno de três eixos temáticos: combate à discriminação a trabalhadores; inclusão nos ambientes de trabalho da pessoa com deficiência ou reabilitada; proteção da intimidade dos trabalhadores (BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Promoção da igualdade).

A Lei nº 7.853/89 legitima ativamente outras entidades e prevê ações civis públicas para a proteção de interesses coletivos e difusos dos deficientes, as quais poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; e por associação constituída há mais de um ano na forma da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção das pessoas portadoras de deficiência. É certo que o Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, nos órgãos públicos, coletivos ou individuais, em que se discutem interesses relacionados à deficiência das pessoas (art. 5º). Constitui crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa: "*obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivo derivados de sua deficiência*".

8 ASSISTENCIALISMO – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – PREVIDÊNCIA SOCIAL

Assistencialismo é a doutrina ou prática política que defende a assistência aos mais carenciados da sociedade. É uma doutrina baseada no conceito de assistência, obrigação que contraem os governos com seus cidadãos por meio de uma constituição pela qual se assinala o caráter de dignidade de todo ser humano sem distinções de tipo algum, e pela qual o governo há de assisti-los no que se refere à subsistência mínima básica (WIKIPEDIA).

No Brasil, para garantia mínima de que a pessoa portadora de deficiência possa suprir suas necessidades básicas, em nível de assistencialismo, foi criado, pela Constituição Federal de 1988 o Benefício de Prestação Continuada – BPC.

O Benefício de Prestação continuada da Assistência Social – BPC, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742, de 07.12.1993; pelas Leis nº 12.435, de 06.07.2011 e nº 12.470, de 31.08.2011, que alteram dispositivos da LOAS e pelos Decretos nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e nº 6.564, de 12 de setembro de 2008.

O BPC é um benefício da Política de Assistência Social, que integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS e para acessá-lo não é necessário ter contribuído com a Previdência Social. É um benefício **individual, não vitalício e intransferível**, que assegura a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência, de qualquer idade, com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua

participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em ambos os casos, devem comprovar não possuir meios de garantir o próprio sustento, nem tê-lo provido por sua família. A renda mensal familiar *per capita* deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Conforme dados do sítio do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS, Atualmente são 3,6 milhões (dados de março de 2012) beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhões pessoas com deficiência e 1,7 idosos.

Contudo, o fato de a pessoa portadora de deficiência necessitar dos benefícios concedidos pela assistência social não deve impedir a busca por sua formação e qualificação profissional para o ingresso no mundo do trabalho remunerado. Esse trabalho pode ser por conta própria ou autônomo, pelo sistema cooperativado, como microempreendedor ou por meio do emprego formal, com registro em carteira de trabalho.

Contudo, a existência de normas assistenciais ao deficiente acaba sendo duplamente maléfica, inicialmente por retirar o ânimo do deficiente e de seus familiares na busca do direito ao trabalho – pressuposto de sua cidadania e dignidade enquanto ser humano – e em segundo plano, por penalizar a comunidade que é obrigada a sustentar indivíduo muitas vezes em plenas condições de trabalho.

A maneira adequada de manejar a situação de desigualdade do deficiente é criando mecanismos capazes de inseri-lo no mercado de trabalho mediante ações que promovam a igualdade material onde há desigualdade formal.

Contudo, a colocação do deficiente no mercado de trabalho induz à suspensão do benefício, eis que a concessão do BPC pressupõe a ausência de renda do seu beneficiário, tanto que assim dispõe:

Lei nº 8.742/93:

...

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

[...]

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

Recentemente, a alteração desta lei pela Lei nº 12.470, de 31.08.2011 indica alteração do posicionamento e a conciliação inicial das ações afirmativas para inclusão da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho e o necessário assistencialismo para suprir as necessidades básicas e vitais destes trabalhadores, na medida em que preceitua a sua nova redação:

Art. 20, § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

Art. 21-A, § 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Sendo certo que a esmagadora maioria dos salários pagos à pessoa portadora de deficiência é de nível baixo, é certo que este não supre integralmente as necessidades vitais do trabalhador.

Assim não se deve entender como incompatível – de início e por certo lapso temporal – a percepção do benefício de prestação continuada – BPC, com o salário (seja na condição de aprendiz ou não) sob pena de o fazendo, desestimular o portador de deficiência na colocação profissional, já que a vantagem pecuniária auferida seria muito semelhante à vantagem assistencial já adimplida.

9 CONCLUSÃO

A análise da forma como as pessoas portadoras de deficiência eram tratadas nas mais antigas civilizações demonstra que a discriminação não é um fato histórico recente, o que demonstra o débito que a sociedade tem para com aqueles com características diferentes.

Esse débito, no entanto, não deve ser pago mediante mero assistencialismo. A colocação do trabalhador no mercado de trabalho é forma do exercício da cidadania e não deve ser substituída pelo assistencialismo, com a continuidade do portador de deficiência a margem do mercado de trabalho.

Este é o fim almejado pelas chamadas ações afirmativas, onde o legislador busca meios de superar as desigualdades materiais das pessoas portadoras de deficiência ou portadores de necessidades especiais, conforme terminologia preferida.

Deve-se buscar cada vez mais, além do cumprimento das ações afirmativas, também conscientizar a população de que as particularidades visíveis nos deficientes não os tornam dignos de pena, inferiores ou mais necessitados, não sendo estes alvo de discriminação, sobretudo no que diz respeito ao acesso ao trabalho, como forma de exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Conceito de Pessoa com Deficiência para Lei de Cotas*. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/lei_cotas_2.asp.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Direito Internacional e Comparado*. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/introducao_2.asp.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Promoção da Igualdade*. Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/discriminacao.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 1109.00.61.2009.5.05.0134*, da 6ª Turma. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 10 de abril de 2013. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=110900&digitoTst=61&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0134>.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1988.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2012.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Assistencialismo*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Assistencialismo>.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

MAX CARRION BRUECKNER*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Igualdade e não-discriminação no Direito do Trabalho; 2.1 Discriminação negativa; 3 Equiparação salarial; 3.1 Identidade de função; 3.2 Identidade de empregador; 3.3 Mesma localidade; 3.4 Simultaneidade no exercício das funções; 4 Excludentes da equiparação salarial; 4.1 Diferença de tempo de serviço superior a dois anos; 4.2 Maior produtividade; 4.3 Maior perfeição técnica; 4.4 Pessoal organizado em quadro de carreira; 4.5 Readaptação; 5 A Súmula 6 do TST; 5.1 Quadro de carreira; 5.2 Tempo de serviço na função; 5.3 Denominação do cargo; 5.4 Momento da reclamação; 5.5 Cessão de empregados; 5.6 Tese jurídica superada e equiparação em cadeia; 5.7 Trabalho intelectual; 5.8 Ônus da prova; 5.9 Prescrição; 5.10 Conceito de mesma localidade; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação de trabalho se dá entre sujeitos desiguais. Desse modo, o trabalhador é potencialmente sujeito à discriminação. Dentre as diversas espécies de discriminação, merece destaque o tema relativo à equiparação salarial. Para o trabalho de igual valor deve ser pago o mesmo salário, evitando-se discriminações injustificadas.

Procuramos apresentar este estudo em partes. A primeira trata, de forma breve, da discriminação em geral no Direito do Trabalho. A seguir, é abordado o tema da equiparação salarial no Brasil, seus requisitos e excludentes. Por fim, é analisada a Súmula 6 do Tribunal Superior do Trabalho, que traduz a jurisprudência dominante acerca de aspectos importantes da equiparação salarial.

2 IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Igualdade e não-discriminação não devem ser compreendidas como sinônimos. A igualdade é gênero do qual a não-discriminação é espécie.

No Direito do Trabalho, a igualdade opera verticalmente, reduzindo a diferença entre capital e trabalho. Diz respeito a todos os trabalhadores.

Já a não-discriminação opera horizontalmente, evitando que se prejudiquem os trabalhadores mais vulneráveis. Seu objetivo não é a igualdade entre capital e trabalho, mas a eliminação de diferenças injustificadas entre os trabalhadores.

* Juiz do Trabalho Substituto – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

A relação de trabalho é uma relação de poder entre sujeitos desiguais. Disso decorre que o trabalhador está sempre sujeito à discriminação, isto é, a sofrer um tratamento pior que o recebido por seus colegas. O conceito de discriminação é extraído da Convenção 111 da OIT, correspondendo a toda distinção, exclusão, preferência fundada em um critério não admitido pelo Direito:

1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:
 - a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 - b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

No plano do Direito interno, a Constituição estabelece claramente “Proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX). Na mesma linha, a Lei 9.029/95 dispõe que “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade [...]” (art. 1º).

A discriminação deve ser considerada objetivamente. Trata-se de uma ação ou omissão, que gera uma preferência injustificada, provocando um dano ou prejuízo ao trabalhador que recebe tratamento diferenciado (ERMIDA URIARTE, 2011, p. 16). Para que exista não há necessidade de o empregador ter a intenção deliberada de prejudicar o empregado, mas apenas que esse prejuízo exista¹.

¹ A respeito da igualdade de remuneração na República Argentina, Sílvia Diaz observa que “*com a aplicação da Lei 23.592, já não é mais necessário que o ato que se denuncia como discriminatório se origine em uma conduta que demonstre, de forma direta ou evidente, tratamento de inferioridade a uma pessoa, mas basta a verificação de um ato arbitrário que gere como consequência um impedimento, obstrução, restrição ou menosprezo do pleno exercício dos direitos sobre bases igualitárias*” (DIAZ, 2011, p. 34).

Em matéria de prova presume-se a licitude do tratamento igualitário e a ilicitude do discriminatório².

O princípio da igualdade gera uma presunção de licitude do tratamento igualitário. A igualdade, portanto, não necessita de justificação. Por outro lado, para que o tratamento diferente seja lícito, deve estar fundado em cumprir uma necessidade objetiva e legítima, que não seria possível por meio que não implicasse tratamento diferente. De um lado está o direito fundamental à não-discriminação e, do outro, mera conveniência ou necessidade da empresa.

2.1 Discriminação negativa

Jorge Luiz Souto Maior explica que discriminar é distinguir coisas, pessoas, idéias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos. A discriminação não possui, portanto, um sentido pejorativo (SOUTO MAIOR, 2002, p. 7).

Desse modo, é possível reconhecer que há discriminações injustificadas (negativas) e outras que tem como objetivo promover a igualdade (positivas)³.

Quando as diferenças nos ganhos e nas oportunidades de emprego surgem entre trabalhadores igualmente qualificados, simplesmente por causa de raça, gênero, origem, orientação sexual ou outras características aparentemente irrelevantes, estamos diante de uma discriminação negativa ou injustificada. Essa espécie de discriminação ocorre quando são eleitos critérios injustificados para o tratamento desigual⁴.

Em uma linguagem econômica, podemos afirmar que, quando o preconceito afeta os critérios de escolha do empregador, ele age como se o custo para a contratação de determinado trabalhador (negro, mulher, homossexual) excedesse o custo real. Diante disso, o candidato a emprego que se enquadra em alguma dessas categorias tem que se mostrar mais qualificado ou mais experiente do que os candidatos que não se enquadram, sob pena de não ser selecionado. A discriminação coloca o trabalhador discriminado em uma posição de desvantagem em relação a outra pessoa que possui as mesmas qualificações para preenchimento da vaga.

Todavia, nem sempre a discriminação se funda em preconceito direto do empregador. Embora ele possa preferir empregados de determinada cor da pele, também pode ser que os clientes, não ele, tenham essa preferência.

² Tanto na União Européia quanto na África do Sul, a legislação prevê expressamente que “existe suposição de discriminação se o querelante mostrar que houve tratamento diferenciado. Então, é o apelado que deve provar que o tratamento diferenciado foi justificado” (BEAUDONNET, 2011, p. 162).

³ Por exemplo, exigência de contratação de trabalhadores portadores de necessidades especiais, prevista no art. 93 da Lei 8.213/91.

⁴ No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. (MELLO, 2011, p. 17)

Com isso, o empresário agirá, por exemplo, como se o custo da contratação de um empregado negro fosse superior ao de um empregado branco. Um estudo antigo dos registros de comparecimento aos jogos da NBA revela que substituir um jogador negro por um branco igualmente talentoso trazia 9 mil fás adicionais por ano aos jogos⁵. A discriminação racial, portanto, atingia parte da torcida e poderia ser determinante para a contratação de jogadores.

George Borjas chama a atenção também para a discriminação estatística (BORJAS, 2012, p. 410). Supondo dois candidatos, um homem e uma mulher, em total igualdade de condições para o preenchimento de determinada vaga, o empregador poderia se socorrer a estatísticas relativas aos dois grupos, chegando à conclusão de que as mulheres deixam o emprego com mais frequências para dedicarem-se ao cuidado dos filhos. Com base nisso, a opção do empregador poderia ser pela contratação do homem. “Como resultado, os candidatos de grupos com alta produtividade se beneficiam de sua associação nesses grupos, ao passo que os candidatos dos grupos com baixa produtividade não se beneficiam”⁶. A discriminação estatística leva ao tratamento diferente de trabalhadores igualmente qualificados, mas pertencentes a grupos distintos.

A questão é saber se a discriminação sob esses fundamentos poderia ser considerada lícita quando não fundada em preconceito do empregador.

A resposta é evidentemente negativa. A ordem jurídica veda a discriminação com base em critérios não admitidos pelo Direito, como cor, sexo, religião (Convenção 111 da OIT). Desse modo, esses fatores não podem ser levados em conta para a contratação ou para o pagamento de salários diferentes, ainda que a admissão de brancos ou de homens possa representar alguma espécie de ganho para a empresa. Da mesma forma, não é possível a utilização de estatísticas fundadas nos mesmos critérios para admissão ou pagamento de salários. No momento em que o empregador – ainda que fundado na exigência dos clientes ou em estatísticas – decide agrupar os trabalhadores por raça, orientação sexual, origem, já pratica a ilicitude, pois utiliza critério vedado pela ordem jurídica⁷.

Muitas vezes, é difícil constatar a discriminação em determinado processo seletivo. No julgamento do caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, constatou-se que, para a contratação, era exigida escolaridade e aprovação em testes pouco relacionados com a atividade, mas que acabavam beneficiando os candidatos brancos. Ou seja, duas exigências aparentemente neutras e que teriam o objetivo de colocar todos os candidatos em situação de igualdade, tinham,

⁵ KAHN, Lawrence; SHERER, Peter. Racial Differences in Professional Basketball Players Compensation, *apud* BORJAS, George. *Economia do Trabalho*. 5. ed., Porto Alegre: AMGH, McGraw-hill, Bookman, 2012, p. 411.

⁶ BORJAS, 2012, p. 411. O autor salienta, ainda, que essa espécie de discriminação não ocorre apenas no mercado de trabalho. As empresas de seguro, por exemplo, levam em consideração que mulheres vivem mais do que homens. Em conseqüência, o seguro de vida é mais barato para elas.

⁷ No mesmo sentido, a Lei 9.029/95.

na verdade, propósito discriminatório. A Suprema Corte dos Estados Unidos pontuou que a lei proíbe não apenas as discriminações ostensivas, mas também práticas justas na forma, mas discriminatórias em operação. Ou seja, se uma determinada prática, exigência ou critério não se mostra necessária para o negócio, mas serve para excluir determinado grupo de empregados, deve ser considerada proibida⁸.

Outro exemplo referido pela doutrina é de um governo que exigia que todos os empregados do serviço público dominassem o idioma oficial. Grande parte das pessoas pertencentes a minorias étnicas, todavia, não conseguia preencher esse requisito. Verificou-se, assim, a existência de discriminação indireta, pois o domínio perfeito da língua não pode ser um requisito para “todos” os empregos do setor público (BEAUDONNET, 2011, p. 152).

3 EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O princípio da não-discriminação veda as distinções injustificadas entre trabalhadores. Essas distinções podem ser quanto a critérios de admissão, promoção, manutenção no emprego, entre outros.

Também decorre do princípio da não-discriminação a vedação de pagamento de salários diferentes para o mesmo trabalho, isto é, para o trabalho de igual valor. Essa hipótese, no entanto, possui regramento específico.

A importância do tema é facilmente verificada pela grande quantidade de normas de direito internacional que vedam essa espécie de discriminação⁹.

O Tratado de Versalhes (1919) estabelecia ser devido salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual quantidade e qualidade (art. 427).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) tem dispositivo semelhante: “Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho” (art. XXIII - 2).

Focada na igualdade de remuneração entre homens e mulheres, a Convenção 100 da OIT estabelece que “Todo Membro deverá, utilizando os meios apropriados aos métodos vigentes para a fixação de taxas de

⁸ The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited. (U.S. Supreme Court. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 124*. Argued December 14, 1970, Decided March 8, 1971. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=401&invol=424>> Acesso em 23.05.2012).

⁹ A aceitação geral desse princípio não passa despercebida por Hayek (1985, p. 26-27). O autor, ao longo da reflexão sobre o significado do que hoje denominamos “justiça social”, assim expõe: “Las más elementales encuestas de opinión ponen de relieve que, aunque muchas personas se encuentran hoy insatisfechas con la existente asignación de ingresos, nadie tiene realmente ninguna idea clara acerca de la distribución que califican justa. Oyense tan sólo impulsivas quejas en relación con determinados aspectos puntuales de la realidad, y nadie ha logrado hasta ahora arbitrar norma alguna de general aplicación de la que quepa deducir lo que es ‘socialmente justo’, salvo el principio ‘igual salario por similar trabajo’, que, por supuesto, la libre competencia tiene a respetar, [...]” (grifamos).

remuneração, promover e, na medida de sua compatibilidade com esses métodos, assegurar a todos os trabalhadores a aplicação do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor” (art. 2º, 1).

Também a Convenção 117 da OIT traz dispositivo semelhante: “Um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, [...]” (art. XIV - 1).

Igualmente, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966) estabelece que todos os trabalhadores têm direito a um salário equitativo e igual por trabalho de igual valor (art. 7º).

No Brasil, a operacionalização do princípio é levada a efeito pelo art. 461 da CLT, que está inserido no conjunto de regras que visam impedir a discriminação salarial entre trabalhadores¹⁰. Esse dispositivo legal prevê a equiparação entre trabalhadores que exercem a mesma atividade.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º O trabalhador readaptado em nova função, por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social, não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

Maurício Godinho Delgado (2007, p. 789) conceitua equiparação salarial como “a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador”.

Os requisitos da equiparação salarial são aqueles que aparecem no caput do art. 461 da CLT (identidade de função, identidade de empregador e mesma localidade) somados à simultaneidade no exercício das funções¹¹.

¹⁰ São vários os dispositivos da CLT que foram inspirados no princípio da não-discriminação. Por exemplo, o art. 73, § 3º, e o art. 300 (CATHARINO, 1994, p. 366).

¹¹ Catharino considera que o legislador não deveria ter dado atenção a tantos detalhes e que agiria melhor se tivesse deixado ao Judiciário a tarefa de verificar quando deve ser aplicada a equiparação salarial: “Condene-se, inicialmente, a tentativa do legislador em conseguir o impossível:

3.1 Identidade de função

O trabalhador e aquele apontado como paradigma devem realizar o mesmo trabalho. A lei não fala em identidade de cargo (formal), mas de função (real)¹².

A expressão identidade de funções, afasta a noção de funções próximas ou semelhantes, como eram exigidas para a equiparação entre empregados brasileiros e estrangeiros (art. 358 da CLT).

Essa identidade de funções, no entanto, é relativa. Não há necessidade de todas as atividades serem as mesmas, mas apenas aquelas operações substanciais, isto é, as tarefas que identificam a função.

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2010, p. 831), verifica-se a identidade de funções pela análise do seu objeto (resultados que devem ser atingidos) e dos meios de realização (atos realizados para atingir o objeto).

Podemos visualizar a situação de dois empregados que controlam a entrada e saída de pessoas em um determinado estabelecimento. O primeiro utiliza uniforme e fica próximo a uma das portas de acesso. O outro, igualmente uniformizado, fica próximo a uma das entradas do estabelecimento e porta arma de fogo. O objeto do trabalho de ambos é o mesmo: controlar a entrada e saída de pessoas. Os meios de execução do trabalho são diferentes: apenas o segundo utiliza arma de fogo com a intenção de inibir eventual ação criminosa¹³.

A doutrina recorrentemente cita o exemplo de Fernando Américo Veiga Damasceno (1995, p. 56-57):

tornar estático um princípio essencialmente dúctil e dinâmico. Assim procedendo não poderia ter conseguido um resultado satisfatório [...] melhor teria sido consagrar laconicamente o princípio e deixar que o Juiz, ao aplicá-lo, agisse com a elasticidade inerente à tarefa jurisprudencial" (CATHARINO, 1994, p. 367-368).

¹² O nome dado ao cargo possui pouca relevância na análise da identidade de função. O exemplo a seguir, extraído de um julgamento do Superior Tribunal de Déli (Índia), é esclarecedor: "Uma cooperativa empregava certo número de mulheres como 'limpadoras de empacotamento' e um grupo de homens como 'empacotadores'. Os empacotadores haviam sido contratados por salários mais altos. As mulheres haviam dado entrada em uma queixa relativa à lei de igualdade de remuneração, [...]. O tribunal de primeira instância decidiu que o réu não fornecera evidências de que as tarefas realizadas por homens e mulheres eram diferentes e afirmou que, portanto, as requerentes haviam sofrido discriminação com base em seu sexo. O tribunal de recurso afirmou que o tribunal de primeira instância supusera erradamente que as requerentes eram 'empacotadoras', e não 'limpadoras de empacotamento'. As requerentes então recorreram ao Superior Tribunal de Déli, [...]. O Superior Tribunal afirmou que só a natureza do trabalho, e não sua designação, era importante. (BEAUDONNET, 2011, p. 171)

¹³ VIGIA E VIGILANTE. DISTINÇÃO. É pré-requisito ao exercício da função de vigilante a aprovação em curso de formação, realizado em estabelecimento autorizado, nos termos da Lei nº 7.102/83. Porém, restringindo-se as tarefas do empregado à observação e fiscalização do patrimônio do empregador e não lhe tendo sido exigido o porte de arma, exerce ele o cargo de vigia. Portanto, o que distingue, especificamente, o vigia do vigilante, é a característica deste último trabalhar armado, com o intuito de impedir ou inibir eventual ação criminosa, o que não restou comprovado nos autos. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, Processo nº 02037200365209002, Acórdão nº 05371-20053, Relator: Desembargador Arnor Lima Neto, DJPR 04.03.2005).

Veja-se a seguinte hipótese: encontram-se três datilógrafas em uma empresa. A datilógrafa A é incumbida de datilografar ofícios, com base em minutas que lhe são entregues pelos interessados; a datilógrafa B preenche datilograficamente notas fiscais, copiando rascunhos que lhe são fornecidos por outro empregado; a datilógrafa C preenche datilograficamente guias de recolhimento de tributos, mediante dados que recolhe em outra unidade administrativa. Todas são datilógrafas e as respectivas tarefas não são idênticas. Mas, as funções das duas primeiras são idênticas, a despeito de suas tarefas serem diferentes, considerados os resultados que produzem e os meios utilizados para atingir o objeto da função: instrumentos datilografados (objeto), com base em minutas (meios de realização). Já a datilógrafa C, também tendo a missão de elaborar instrumentos datilografados (objeto), executa tarefas com base em dados que lhe são fornecidos, desenvolvendo atividade intelectual, ainda que pequena, para o correto preenchimento das guias; há uma diferença no meio de realização e sua função não é idêntica às das datilógrafas A e B.

3.2 Identidade de empregador

O art. 461 da CLT decorre do princípio da não-discriminação. O seu objetivo, portanto, é evitar a desigualdade de tratamento. Se as pessoas trabalham para empregadores diferentes, não é possível que estejam sendo discriminadas.

Em que pese a singeleza desse requisito, a realidade aponta a existência de situações complexas. Há polêmica quanto à possibilidade de equiparação entre trabalhadores de empresas distintas pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Entendemos que as empresas integrantes do grupo devem ser consideradas uma só para fins de equiparação salarial. O art. 2º, § 2º, da CLT, dispõe que as empresas do grupo econômico, embora possuam personalidade jurídica própria, são consideradas solidariamente responsáveis. Essa regra sinaliza que a lei pretende tratar o grupo como empregador único. Essa intenção fica mais evidente pela interpretação conferida pelo TST à hipótese de o trabalhador prestar serviços para mais de uma empresa integrante do grupo (Súmula 129):

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Ou seja, se a prestação de serviços a diversas empresas do grupo não implica a existência de mais de um contrato de trabalho, é consequência lógica que os diversos trabalhadores – embora admitidos por empresas distintas – façam jus ao mesmo salário. Nesse sentido, a jurisprudência:

I - RECURSO DE REVISTA DA NEXTEL. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. Do conceito legal de grupo econômico (parágrafo 2º do artigo 2º da CLT) extrai-se que as empresas que o compõem são responsáveis solidariamente para efeitos da relação de emprego. Apesar de parte da doutrina e da jurisprudência pretender que esta responsabilidade seja apenas garantia do crédito trabalhista, da exegese do dispositivo citado não se verifica tal limitação, pois ali foi expressa e literalmente consignada a responsabilidade solidária para efeitos da relação de emprego, a dar o tom que se trata de solidariedade dual, isto é, ativa e passiva. Tese que vem a ser corroborada pelo Enunciado 129 deste Tribunal Superior, segundo o qual: [...]. Ora, se por um lado o empregado pode exigir a contraprestação do contrato de trabalho de qualquer das empresas componentes do grupo econômico, dado serem solidariamente responsáveis, e, por outro, pode ver-se compelido à prestação do trabalho para qualquer das empresas de um mesmo grupo econômico, sem que tal exigência configure mais de um contrato, a conclusão lógica é de que o grupo econômico caracteriza o empregador único. [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento de Recurso de Revista nº 7466200-34.2003.5.02.0900**. Quarta Turma. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, 04 de agosto de 2004. Publicado: 20.08.2004).

Existe posição em sentido contrário¹⁴, que defende a impossibilidade de equiparação entre empregados de empresas distintas, embora pertencentes ao mesmo grupo, porque cada uma delas possui personalidade jurídica própria:

RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. EMPRESAS DIVERSAS. MESMO GRUPO ECONÔMICO. Conforme a jurisprudência desta Corte, inviável a equiparação salarial entre empregados que laboram em empresas diferentes, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico, porquanto não se trata de prestação de serviços ao mesmo empregador. Precedentes deste Tribunal. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 170100-56.2003.5.15.0093**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 11 de março de 2009. Publicado: 07.04.2009)

Embora nos filhemos à primeira corrente, uma compatibilização entre essas duas vertentes interpretativas seria permitir a equiparação quando o trabalhador efetivamente prestou serviços para a empresa em relação à qual está vinculado o paradigma¹⁵.

¹⁴ Cf. SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 37. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 338.

¹⁵ Cf. OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 10. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 51-52.

No caso do trabalhador temporário, a lei estabelece ser devida a equiparação salarial entre empregados, ainda que vinculados a empresas diferentes. É o que consta do art. 12 da Lei 6.019/74, segundo o qual o trabalhador temporário deve receber remuneração igual à dos empregados da tomadora. Justifica-se esse tratamento pelo fato de o trabalho ser prestado na mesma empresa, função e ambos sob as ordens do tomador dos serviços.

Com relação à terceirização, há o entendimento de que não é possível a equiparação entre os trabalhadores das empresas tomadora e prestadora, pois vinculados a empregadores diferentes. Todavia, a jurisprudência parece estar se consolidando pela aplicação analógica da regra do art. 12 da Lei 6.019/74. Trata-se de interpretação bastante amadurecida¹⁶, que é adotada em julgado recente do TST:

ISONOMIA SALARIAL. TERCEIRIZAÇÃO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE EMPREGADOS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL COMO BANCÁRIO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 383 DA SBDI-1. NÃO PROVIMENTO. Firmou-se no âmbito desta colenda Corte Superior entendimento no sentido de que ao trabalhador terceirizado devem ser garantidos os mesmos direitos (salário e vantagens) alcançados pelos empregados da empresa tomadora de serviços, desde que comprovado o exercício de funções da mesma natureza, em aplicação, por analogia, do disposto no artigo 12 da Lei nº 6.019/74. No caso dos autos, restou comprovado que a reclamante exercia funções tipicamente bancárias, razão pela qual se impõe a isonomia de direitos com os empregados do banco tomador dos serviços. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 94340-33.2008.5.03.0070**. Quinta Turma. Relator: Ministro Caputo Bastos. Brasília, 13 de novembro de 2012. Publicado: 16.11.2012).

No corpo do acórdão, o Relator destaca que “o reconhecimento dos mesmos direitos entre os empregados terceirizados e os empregados efetivos decorre diretamente do princípio da isonomia, um dos pilares de nosso ordenamento jurídico”.

3.3 Mesma localidade

O conceito de mesma localidade não é expresso na lei. A jurisprudência considera que deve ser entendido como tal o mesmo município ou municípios distintos que pertençam à mesma região metropolitana. Afastaram-se, assim, entre outros, os critérios geofísico (lugar onde o empregado presta o serviço)

¹⁶ Veja-se, a respeito do tema, a ementa a seguir, de 1978: “EQUIPARAÇÃO SALARIAL. FALTA DE IDENTIDADE DE EMPREGADOR. Na hipótese de empregado que, por força de contrato, presta serviços a outra empresa, o direito à equiparação salarial não é obstado pela falta de identidade de empregador, aplicando-se, por analogia, o disposto na letra a do art. 12, da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974” (TRT 3ª R, RO-1.592/78, Rel. Gustavo Pena de Andrade, *apud* DAMASCENO, 1995, p. 126).

e econômico (em função das condições do custo de vida)¹⁷, consagrando-se o critério político-administrativo (BARROS, 2010, p. 835).

No caso de os empregados exercerem as atividades em várias localidades (motoristas de caminhão, vendedores viajantes etc.) a análise do requisito seria dispensada, conforme leciona Fernando Américo Veiga Damasceno (1995, p. 130-131), uma vez que elemento absolutamente sem importância.

3.4 Simultaneidade no exercício das funções

A simultaneidade é requisito que não deriva do texto legal, mas que está implícito (DELGADO, 2007, p. 793), pois não há como considerar discriminatório o tratamento dispensado a trabalhadores que nunca laboraram simultaneamente para o mesmo empregador.

O fato de a prestação de trabalho ocorrer em jornada diversa, por outro lado, não obstaculiza a equiparação salarial, porque o elemento temporal da simultaneidade da prestação dos serviços continua presente (BARROS, 2010, p. 837).

No entanto, a doutrina considera que não basta a simultaneidade eventual, isto é, inferior a trinta dias, para o preenchimento do requisito. Esse prazo toma como base o período que tem sido exigido pela jurisprudência, Súmula 159 do TST, para a diferenciação de substituições provisórias de meramente eventuais (DELGADO, 2007, p. 793).

Entre as consequências práticas dessa regra salienta-se “o direito do empregador, ao admitir um novo empregado, de pagar-lhe menor salário do que o que percebia o retirante quando exercia idênticas funções” (CATHARINO, 1994, p. 378).

4 EXCLUDENTES DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O art. 461 da CLT, além de estabelecer requisitos para a equiparação salarial, também especifica hipóteses que a inviabilizam, ainda que os demais elementos estejam presentes.

4.1 Diferença de tempo de serviço superior a dois anos

O § 1º do art. 461 da CLT menciona que trabalho de igual valor é aquele “feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos”. A jurisprudência considera que a diferença de tempo de serviço deve ser na função e não no emprego¹⁸. Desse modo, é irrelevante que o paradigma

¹⁷ Esse critério é defendido por Saad (2004, p. 337): “Na fixação do salário sempre se atende ao custo de vida imperante em cada região e, também, ao custo das máquinas, matérias-primas e transporte que, como é curial, sofre grandes variações num país de grande extensão territorial como o nosso. Essa a razão por que, embora trabalhando para uma mesma empresa, dois trabalhadores que executam o mesmo serviço podem ser remunerados diferentemente se os estabelecimentos, em que servem, se encontram em regiões distantes uma da outra”.

¹⁸ Súmula 202 do STF: “Na equiparação de salário, em caso de trabalho igual, toma-se em conta o tempo de serviço na função, e não no emprego”.

tenha vários anos de serviço a mais na empresa, esse tempo deve ser na função.

O maior tempo de serviço gera a presunção de que o trabalhador mais antigo possui mais experiência, motivo pelo qual admite-se, para o cômputo do prazo de dois anos, a soma de períodos descontínuos.

RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TEMPO DE SERVIÇO NA FUNÇÃO. SOMA DE PERÍODOS DESCONTÍNUOS. Inexiste julgamento além do pedido quando o Regional decide a lide sem declarar a unicidade contratual. De outra sorte, para efeito de equiparação de salários, conta-se o tempo de serviço na função – e não no emprego –, inexistindo qualquer óbice para que os períodos descontínuos de trabalho se somem com o fim de se pesquisar o critério objetivo definido pelo parágrafo 1º do artigo 461 da CLT. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 200200-91.2004.5.15.0017**. Terceira Turma. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 29 de abril de 2009. Publicado: 22.05.2009).

Por outro lado, os períodos de suspensão do contrato de trabalho devem ser desconsiderados para aferir a diferença de dois anos, sendo contados somente os períodos de efetiva execução, que são os que se prestam para gerar maior experiência¹⁹.

Outra questão importante diz respeito à possibilidade de ser considerado o tempo de serviço o caso de fusão, incorporação ou sucessão de empresas. Em face do que dispõem os arts. 10 e 448 da CLT, segundo os quais a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho, considera-se que o tempo de serviço anterior à alteração jurídica deve ser computado indistintamente para fins de equiparação salarial (MARQUES, 2001, p. 114).

É irrelevante que o tempo de serviço tenha sido prestado para uma ou mais empresas componentes do mesmo grupo econômico, pois considera-se empregador único (item 3.2 acima)²⁰. Contudo, o tempo de serviço exercido em empresa diversa, não integrante do mesmo grupo econômico, não poderá ser considerado, pois o *caput* do art. 461 da CLT exige que o trabalho seja prestado para o mesmo empregador.

¹⁹ Em sentido contrário, Fabíola Marques (2001, p. 113) defende que “A nosso ver, o fato de o empregado não trabalhar continuamente na mesma função, seja porque foi deslocado para outra atividade, ou, ainda, porque ficou afastado em razão de licença médica, não deve impedir o direito à equiparação salarial, já que os períodos em que o referido empregado não prestou serviços naquela função não devem ser subtraídos do tempo de serviço para efeito de equiparação salarial”.

²⁰ No mesmo sentido, Damasceno (1995, p. 141). Em sentido contrário, Fabíola Marques (2001, p. 115-116) destaca que “Nesse caso, entendemos que o tempo de serviço prestado em determinada função para outra empresa do mesmo Grupo Econômico não deve ser computado para efeito de equiparação salarial, uma vez que, para nós, o grupo de empresas não se caracteriza como empregador único.

Por fim, é lúcida a crítica de Fabíola Marques (2001, p. 117-118) a esta excludente da equiparação salarial. Embora reconheça a clareza da legislação, considera a exigência de tempo de serviço inferior a dois anos injustificada: “o fato de o empregado trabalhar a mais tempo que o outro, não deveria impedir, por si só, o direito à equiparação salarial. Ademais, se comprovados todos os demais requisitos suficientes à equiparação salarial, não vemos porque a diferença de tempo de serviço é capaz de obstar o direito à isonomia de salários”.

4.2 Maior produtividade

Maurício Godinho Delgado (2007, p. 795) leciona que a CLT estabeleceu um diferencial essencialmente quantitativo na aferição do trabalho comparado: a diferença de produtividade. Esclarece que “produtividade” e “produção” são distintas. A última diz respeito a um valor absoluto, traduzindo o montante de trabalho realizado. Já a produtividade é um valor relativo, correspondendo à intensidade laborativa do trabalhador em certo período determinado. Francisco Antônio de Oliveira (2010, p. 50) pontua o valor qualitativo da produtividade conceituando-a como o “meio racional e inteligente de produzir”. Podemos dizer que produtividade é a forma como se atinge a produção, os meios utilizados para atingir esse fim.

Da mesma forma, Fernando Américo Veiga Damasceno (1995, p. 104) conceitua “produção” como o ato de produzir, criar, gerar, elaborar, realizar, correspondendo àquilo que é fabricado pelo trabalho do homem, associado ao capital e à técnica. Já a “produtividade” é a faculdade de produzir, o conjunto de aptidões que o empregado possui para efetuar o trabalho. O seguinte exemplo é elucidativo:

Dois empregados incumbidos de dois teares poderão apresentar quantidades diferentes de tecido, no mesmo espaço de tempo, sem que isto importe em possuir um deles maior produtividade. A velocidade das máquinas, seus defeitos, a qualidade e a resistência do fio, etc., vão influir nos resultados. Portanto, não deve impressionar a quantidade de trabalho, mas é necessário aferir a habilidade e capacidade do trabalhador, seu esforço em produzir o máximo, a despeito das dificuldades do serviço (DAMASCENO, 1995, p. 104).

Somente é possível aferir a real produtividade se forem disponibilizados aos trabalhadores os mesmos meios de produção. Se o resultado da produção de empregado e paradigma for diferente em decorrência tão-somente de fatores determinados pelo empregador, haverá direito à equiparação salarial.

Como a noção é de produtividade e não de produção, se a capacidade de produzir é a mesma, a falta de pontualidade ou de assiduidade de um dos trabalhadores não pode ser vista como fator de produtividade desigual, podendo configurar, no entanto, um comportamento desidioso, passível de punição disciplinar²¹. Ou seja, se durante um mesmo período, com as mesmas

²¹ Barros (2010, p. 837). Em sentido contrário, Marques (2001, p. 71).

condições de trabalho, o empregado e o paradigma tiveram a mesma produção, a produtividade de ambos é a mesma. No caso de um deles apresentar faltas ou atrasos injustificados, poderão ser impostas medidas disciplinares, mas não diferença de salário (PRUNES, 1997, p. 138).

4.3 Maior perfeição técnica

A diferença de produtividade tem em vista um critério quantitativo. A diferença de perfeição técnica, por outro lado, diz respeito à qualidade do trabalho realizado.

O caráter subjetivo dessa diferenciação torna difícil demonstrar a maior perfeição técnica do paradigma. Quanto mais intelectual for o trabalho, mais difícil será evidenciar a maior perfeição técnica.

Mas, como na realização de qualquer tarefa, por mais elementar que seja, o homem não desenvolve apenas uma técnica de execução, mas nele deixa também um pouco de sua própria personalidade, é sobremaneira difícil apurar a igualdade qualitativa na prestação de serviços, principalmente quanto maior for o predomínio do caráter intelectual necessário ao seu desempenho (DAMASCENO, 1995, p. 111).

Maurício Godinho Delgado (2007, p. 794) destaca que a demonstração de maior qualificação por parte do paradigma (cursos, estágios etc.) favorece a tese da diferenciação na qualidade do trabalho prestado:

É que, normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio do profissional comparado agrega consistência, reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa, alcançando, em favor desta, maior e melhor mercado; nessa medida, a diferença na qualidade técnica do serviço fica evidenciada²².

O art. 461 da CLT não veda a equiparação salarial entre ocupantes de cargos de confiança ou entre pessoas que exercem atividades predominantemente intelectuais ou artísticas. Como visto acima, no entanto, quanto maior o caráter intelectual da atividade mais difícil será demonstrar a mesma perfeição técnica. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2010, p. 838), “É que o trabalho intelectual poderá conter fatores insuscetíveis de equiparação, como estilo literário, imaginação, diferenças culturais que caracterizam o autor”. Ou seja, como somente é possível a comparação de

²² Em sentido contrário, Damasceno (1995, p. 112) diz que “O fato de um dos empregados possuir cursos de especialização não influi na apuração da igualdade qualitativa. No muito poder-se-ia dizer que a maior escolaridade traria uma leve presunção ou indício da possibilidade de um melhor desempenho profissional”. O entendimento de Francisco Antônio de Oliveira (2010, p. 53) é semelhante: “Um professor, um médico, um engenheiro ou um advogado poderá não possuir o título de doutor, mas ter uma experiência de vida na profissão de dezenas de anos, de modo que o seu conhecimento supera o do mestre ou do doutor”.

dados objetivos, a doutrina chega a afirmar que, sendo predominantes os elementos subjetivos, não é possível a equiparação salarial²³.

Por outro lado, é possível a equiparação entre o trabalho intelectual, desde que a aferição seja feita com base em critérios objetivos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PROFESSOR. Estando presentes os requisitos do art. 461 da CLT, e não havendo diferença quanto à perfeição técnica das aulas ministradas pelo reclamante e pelos paradigmas, não merece prosperar o inconformismo da agravante, uma vez que não restou configurada a alegada contrariedade à Súmula nº 6, item VII, desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 95740-07.2001.5.15.0034**. Segunda Turma. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Brasília, 18 de março de 2009. Publicado: 24.04.2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADVOGADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. O Tribunal Regional registra que, embora a advogada paradigma se ativasse na área cível e o reclamante, também advogado, atuasse na área trabalhista, as áreas do direito têm o mesmo valor, restando demonstrada a equiparação salarial pretendida. Nesse contexto, desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos (Orientação Jurisprudencial nº 298 da SDI-1 do TST). Pertinente o óbice do Enunciado nº 333 deste Tribunal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 6063200-45.2002.5.02.0900**. Quinta Turma. Relator: Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2005. Publicado: 11.03.2005).

Uma questão importante é quando, por imposição legal, a função somente puder ser exercida por profissional devidamente habilitado. Nesse caso, a inexistência da habilitação obsta a equiparação salarial.

Orientação Jurisprudencial 296 da SDI-I do TST: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ATENDENTE E AUXILIAR DE ENFERMAGEM. IMPOSSIBILIDADE. Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem, impossível a equiparação salarial do simples atendente com o auxiliar de enfermagem.

Devemos tomar o cuidado para não confundir a hipótese acima com a situação em que os trabalhadores possuem formação semelhante, apenas

²³ Nas palavras de Damasceno (1995, p. 60), “Não é possível equiparar o trabalho artístico, por impossível a comparação de seu valor, que é de natureza eminentemente subjetiva”.

possuindo denominação de cargo diferente – o que ocorre, por exemplo, entre auxiliares e técnicos de enfermagem²⁴.

4.4 Pessoal organizado em quadro de carreira

A existência de quadro de pessoal organizado em carreira obsta a equiparação salarial. Há necessidade, no entanto, de garantia de promoções alternadas por antiguidade e merecimento, bem como homologação pelo Ministério do Trabalho.

Por outro lado, se não há um quadro de carreira prevendo promoções por antiguidade e merecimento, a consequência disso é somente de não servir, o quadro de carreira, como óbice para pleito de equiparação salarial (§ 2º do art. 461 da CLT). Em outras palavras, se a empresa decide organizar seus cargos de determinado modo, deve observar esse regramento para todos os seus empregados, sob pena de eventualmente restar caracterizado o desvio de função²⁵. Esclarecedora, neste ponto, a consagrada lição de Mozart Victor Russomano (1982, p. 471-472):

Quando a lei diz que os dispositivos relativos à equiparação não serão aplicáveis sempre que houver organização do pessoal da empresa em quadro de carreira, 'hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento' – o legislador não está excluindo a existência de outros critérios. Está, apenas, estabelecendo que se forem adotados outros critérios, não haverá porta aberta, para o empregador, a fim de que fuja do preceito geral da igualdade de remuneração para o mesmo serviço.

[...]

Em síntese, pois, como nenhuma empresa está obrigada a organizar seu pessoal em quadro de carreira, nenhum empregador, caso o organize, ficará tolhido na sua prerrogativa de estabelecer – por via regulamentar ou por via contratual – outros critérios para promoção do trabalhador.

Não há ilicitude, portanto, na utilização de quadro de carreira não homologado pelo Ministério do Trabalho ou que não contenha previsão de

²⁴ DIFERENÇAS SALARIAIS. EQUIPARAÇÃO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM E DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. A Orientação Jurisprudencial 296 da SDI-1 não obsta a pretensão de equiparação salarial do auxiliar com o técnico de enfermagem, uma vez que ambos os cargos exigem a mesma formação de nível médio e a citada Orientação Jurisprudencial faz referência expressa à impossibilidade de se equiparar o atendente de enfermagem - para o qual não é exigida formação técnica - ao auxiliar de enfermagem. Precedentes. Recurso de Embargos de que conhece em parte e a que se dá provimento. (TST, E-ED-RR - 20300-37.2002.5.04.0014, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 17.05.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 25.05.2012). No mesmo sentido, a Súmula 58 do TRT da 4ª Região: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. POSSIBILIDADE. A ausência de habilitação formal como Técnico de Enfermagem, por si só, não é óbice ao pleito de equiparação salarial, diferenças salariais por desvio de função ou 'plus' salarial formulado por Auxiliares de Enfermagem.

²⁵ Nesse sentido, já houve pronunciamento do TRT da 4ª Região: Processo 000732-81.2011.5.04.0026, Relatora Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti, Julgado em 15.05.2013.

promoções alternadas por antiguidade e merecimento. Todavia, se o quadro é seguido, além de não obstar o pleito de equiparação salarial, deve ser observado em relação a todos os trabalhadores, sob pena de discriminação injustificada.

4.5 Readaptação

A remuneração do trabalhador readaptado está vinculada à função anterior e não àquela que ele passa a exercer, ainda que mais modesta. Isso ocorre porque a redução salarial é obstaculizada pelo princípio da irredutibilidade do salário. Desse modo, o trabalhador readaptado não serve de paradigma para fins de equiparação salarial (art. 461, § 4º, da CLT).

A readaptação tem como objetivo garantir a integração do trabalhador à empresa, em novas atividades, sem que haja redução salarial. Possibilitando-se a equiparação, o empregador dificilmente manteria o trabalhador readaptado no emprego (MARQUES, 2001, p. 130). A equiparação não é devida, ainda que ambos os trabalhadores tenham sido readaptados, pois a maior remuneração advém de vantagem personalíssima (BARROS, 2010, p. 843).

5 A SÚMULA 6 DO TST

A Súmula 6 do Tribunal Superior do Trabalho consolida o entendimento a respeito de diversos temas sobre a equiparação salarial. A sua análise é importante para conhecimento da jurisprudência da instância superior e também para retomada dos conteúdos analisados acima.

5.1 Quadro de carreira

“I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente.”

A exigência de homologação do quadro de carreira tem como objetivo evitar o arbítrio do empregador²⁶. Por essa razão, não se faz essa exigência com relação às entidades de direito público.

Para afastar o direito à equiparação salarial, o quadro de carreira deve ser efetivamente aplicado, garantindo aos empregados, de modo impessoal, as promoções por antiguidade e merecimento (MARQUES, 2001, p. 126).

5.2 Tempo de serviço na função

“II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.”

Como visto acima, o maior tempo de serviço gera a presunção de que o trabalhador mais antigo possui mais experiência. Portanto, deve ser levado

²⁶ A Portaria nº 2, de 25 de maio de 2006, estabelece que os quadros de carreira deverão conter a discriminação ocupacional de cada cargo, critérios de promoção alternados por antiguidade e merecimento, bem como os critérios de avaliação e desempate.

em conta o trabalho em determinada função, sendo irrelevante se o paradigma já trabalhava há muitos anos na empresa, mas executando outras atividades.

Francisco Antônio de Oliveira (2010, p. 50), com razão, sustenta que melhor seria que se a exigência de tempo inferior a dois anos fosse limitada a determinado tempo de permanência no emprego, sendo dispensada após esse período:

Por exemplo: dois funcionários exercendo as mesmas funções, o paradigma com 17 anos de função e o equiparando com 14 anos. Existe aí uma presunção (*de hominis*) de que ambos desempenham seu mister com aproveitamento. [...] Para a exigência feita nos primeiros cinco anos haveria suporte de razoabilidade. A partir daí, passa a ser um castigo ao empregado com menos tempo de casa, castigo esse que se projeta de forma absoluta, eternamente.

5.3 Denominação do cargo

“III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.”

Trata-se de consequência do princípio da primazia da realidade. O que importa são as atividades efetivamente exercidas e não o nome dado pelo empregador ao cargo.

5.4 Momento da reclamação

“IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita”.

Não é possível exigir que reclamante e paradigma estejam a serviço da empresa quando do ajuizamento da ação. Embora hoje a disposição pareça óbvia, anteriormente à Súmula havia entendimento de que a ação de equiparação somente poderia ter sucesso enquanto ainda presente o vínculo de emprego (OLIVEIRA, 2010, p. 51).

5.5 Cessão de empregados

“V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante.”

Deixando-se de lado a possibilidade de burla ao concurso público que pode ocorrer por meio da cessão de empregados, a equiparação entre trabalhadores que exercem as mesmas funções, com igual produtividade e perfeição técnica, é devida, ainda que a admissão tenha ocorrido em órgão diverso.

Todavia, a Súmula diz que a equiparação somente é devida no caso de a cedente responder pelos salários do paradigma e do reclamante. A intenção parece ser a proteção da cedente, que não teria como controlar o que ocorre

na cessionária. Além disso, revela a preocupação quanto à identidade de empregador, que não estaria presente se nem a contratação foi feita pela cessionária nem os salários são pagos por ela.

5.6 Tese jurídica superada e equiparação em cadeia

“VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida a objeção pelo reclamado”.

Este inciso da Súmula 6 deve ser analisado em duas partes. A primeira refere-se ao desnível salarial originado em decisão judicial (OLIVEIRA, 2010, p. 53). A segunda, inserida no final de 2010, diz respeito à equiparação salarial em cadeia.

O fato de o paradigma ter sido beneficiado por decisão judicial não pode servir de óbice à equiparação salarial, pois ela apenas corrige uma situação que já deveria ter sido levada a efeito pelo empregador: dar aos empregados o mesmo tratamento.

Se o desnível salarial é decorrente de tese jurídica superada pela jurisprudência, não é possível a revisão relativamente ao paradigma, por força da coisa julgada. No entanto, não faz sentido que o reclamante se beneficie de interpretação que não mais se adota.

As vantagens pessoais são incomunicáveis, pois são personalíssimas, dizendo respeito a uma situação particular do paradigma (BARROS, 2010, p. 843).

A equiparação salarial em cadeia ocorre quando o paradigma obteve a majoração salarial por decisão judicial que o equiparou a outro colega. Ou seja, o reclamante A postula a equiparação com o paradigma B, que por sua vez obteve o direito às diferenças salariais por equiparação com um terceiro paradigma C.

Como visto acima, para que ocorra a identidade de função não há necessidade de todas as atividades sejam as mesmas, mas apenas aquelas operações substanciais, isto é, as tarefas que identificam a função. No caso da equiparação em cadeia, corre-se o risco de que, embora a similitude de tarefas entre os dois últimos paradigmas seja evidente, ela já não seja tão clara com relação ao primeiro modelo, justamente por causa das pequenas variações que, ao final de uma longa cadeia de paradigmas, podem revelar-se acentuadas.

Por esse motivo, a jurisprudência exige que os requisitos do art. 461 da CLT devem ser demonstrados com relação a todos os integrantes da cadeia para que o reclamante faça jus às diferenças salariais (MORAES, 2011, p. 465).

5.7 Trabalho intelectual

“VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos”.

A equiparação salarial entre pessoas que exercem trabalhos intelectuais é de difícil análise, pois normalmente se apresenta de forma subjetiva. Todavia, se a avaliação é possível dentro de critérios objetivos, não há qualquer impedimento.

5.8 Ônus da prova

“VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

Ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito. Desse modo, existindo negativa de identidade de funções, é dele o ônus da prova.

Superada essa questão inicial, fica a cargo da reclamada a prova acerca dos fatos impeditivos da equiparação salarial. Compete ao empregador, portanto, demonstrar diferença de produtividade, perfeição técnica, localidade ou tempo de serviço (BARROS, 2010, p. 846). Também é da empresa o ônus da prova quanto à existência de quadro de carreira ou de readaptação do paradigma, porque todos são fatos impeditivos do direito do autor.

5.9 Prescrição

“IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento”.

O pagamento de maior salário ao paradigma é lesão que se renova mês a mês, motivo pelo qual a prescrição é parcial.

5.10 Conceito de mesma localidade

“X - O conceito de ‘mesma localidade’ de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertencem à mesma região metropolitana”.

A Súmula 6 adota o critério político-administrativo, considerando como mesma localidade os municípios que pertencem à mesma região metropolitana. O texto, porém, não é rígido, uma vez que a expressão “em princípio” abre as portas para uma interpretação diferente, ainda que excepcional, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010.
- BEAUDONNET, Xavier Ed. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) CENTRO INTERNACIONAL DE FORMAÇÃO. *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito*. Turim: Centro de Formação da OIT, 2011.
- BORJAS, George. *Economia do Trabalho*. 5. ed., Porto Alegre: AMGH, Mcgraw-Hill, Bookman, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 94340-33.2008.5.03.0070*. Quinta Turma. Relator: Ministro Caputo Bastos. Brasília, 13 de novembro de 2012. Publicado: 16.11.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=94340&digitoTst=33&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0070>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 95740-07.2001.5.15.0034*. Segunda Turma. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Brasília, 18 de março de 2009. Publicado: 24.04.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=95740&digitoTst=07&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0034>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento de Recurso de Revista nº 7466200-34.2003.5.02.0900*. Quarta Turma. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, 04 de agosto de 2004. Publicado: 20.08.2004. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=7466200&digitoTst=34&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0900>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ED-Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 6063200-45.2002.5.02.0900*. Quinta Turma. Relator: Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2005. Publicado: 11.03.2005. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=6063200&digitoTst=45&anoTst=2002&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0900>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 170100-56.2003.5.15.0093*. Terceira Turma. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 11 de março de 2009. Publicado: 07.04.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=170100&digitoTst=56&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0093>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 200200-91.2004.5.15.0017*. Terceira Turma. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 29 de abril de 2009. Publicado: 22.05.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=200200&digitoTst=91&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0017>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo: LTr, 1994.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Equiparação Salarial*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007.

DIAZ, Sílvia. Igualdade Remuneratória. *Revista da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho*, Brasília, DF, ano V, nº 7, jun./jul. 2011.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación. *Cadernos da AMATRA IV*, Porto Alegre, v. 6, nº 15, p. 9-23, jun. 2011.

GARCIA Gustavo Filipe Barbosa. Equiparação Salarial na Terceirização de Serviços. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 25, nº 296, p. 60-72, ago. 2008.

HAYEK, Friedrich August von. *Democracia, Justicia y Socialismo*. Madrid: Union Editorial, 1985.

GÓES, Maurício de Carvalho. A Equiparação Salarial nos Contratos de Emprego: um reflexo do princípio isonômico. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 24, nº 288, p. 35-58, ago. 2007.

MARQUES, Fabíola. *Equiparação Salarial por Identidade no Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. A Recente Revisão da Súmula nº 6 do TST: equiparação salarial em cadeia e segurança jurídica. *Revista LTr: legislação do trabalho*. São Paulo, v. 75, nº 04, p. 460-465, abr. 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Princípios Gerais de Equiparação Salarial: doutrina, jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1997.

RIBEIRO, Roberta Ludwig. Terceirização. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (coord.). *Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 347-356.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 9. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 37. ed., São Paulo: LTr, 2004.

SCHUCH, Bernardo Mata. Breves Reflexões sobre o Direito à Igualdade de Oportunidades ao Trabalho e as Ações Afirmativas. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 25, nº 294, p. 63-75, jun. 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho e as Diversas Formas de Discriminação. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 19, nº 220, p. 7-12, abr. 2002.

U.S. Supreme Court. Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) 401 U.S. 424 Griggs et al. v. Duke Power Co. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit No. 124*. Argued December 14, 1970, Decided March 8, 1971. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=401&invol=424>>. Acesso em: 23 maio 2012.

A DISCRIMINAÇÃO DO PRESO TRABALHADOR

EVANDRO URNAU*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O princípio da não-discriminação e sua aplicação ao preso; 3 A Lei de Execução Penal e a posição dos Tribunais; 4 A constitucionalização do Direito; 5 Conflito; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se lê do artigo 1º, inciso IV, da Constituição (CF/88). A atividade laboral do preso, como não poderia deixar de ser, é uma das principais ferramentas para a recuperação e ressocialização do apenado.

As obras nos estádios para a copa do mundo de futebol de 2014 têm proporcionado várias oportunidades para o labor de presidiários, o que atraiu, inclusive, a atenção de redes de televisão, que divulgaram em rede nacional os benefícios do labor para a ressocialização.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, na mesma direção, instituiu o programa “Começar de novo”, com o intuito de incentivar a integração social dos presos e egressos por meio do trabalho.

Não é fácil, no entanto, a inclusão do apenado no meio do trabalho, pois a pouca qualificação e o estigma de criminoso acaba por afastar as oportunidades.

Passa despercebida, ainda, a questão dos direitos do preso trabalhador, que é muitas vezes submetido a condições degradantes e desumanas de trabalho, aumentando ilicitamente a margem de lucro daqueles que tomam o seu serviço.

Neste trabalho, assim, pretender-se-á traçar linhas básicas acerca da dignidade do preso trabalhador e dos seus direitos trabalhistas.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E SUA APLICAÇÃO AO PRESO

Conforme já mencionado alhures, o trabalho dignifica o homem. É pelo trabalho que o ser humano constrói a sua subsistência e obtém bens de consumo. Por estas razões, as relações de trabalho merecem uma atenção especial do Direito.

No âmbito internacional, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) traça linhas mestras no que toca à discriminação em matéria

* Juiz do Trabalho Substituto – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

de emprego e profissão. O artigo 1º, alínea 'b', conceitua discriminação como “toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Entretanto, a subjetividade humana possui, pelo menos no atual estágio de desenvolvimento social, “pré-conceitos” impregnados no comportamento. Os preconceitos advêm de pouca informação sobre o assunto ou, então, de um mecanismo inconsciente de proteção.

O caso da baixa empregabilidade de presidiários provém justamente deste mecanismo de proteção que mantemos.

É um raciocínio fácil concluir que aquele que praticou um crime voltará a cometê-lo. E não queremos um criminoso perto de nós mesmos.

Entretanto, este tipo de raciocínio, embora para auto-defesa, acaba por tolher daquele que cometeu algum crime a possibilidade de inserção lícita na comunidade.

O crime, portanto, cria uma espécie de círculo vicioso. A pessoa não consegue emprego por ter cometido crime e comete crime por não conseguir emprego.

Não há negar, é claro, que o apenado está sujeito à uma restrição temporária de direitos. Não se despoja o preso, entretanto, da sua roupagem de pessoa humana.

A quebra do círculo vicioso do crime, que acaba afastando o apenado do trabalho, exige uma reeducação da sociedade, que deve passar a enxergar o preso como uma pessoa que merece oportunidades de emprego, de estudos e de progresso individual.

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP) prevê, no artigo 28, que o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Sobre a obrigatoriedade do trabalho, MARCÃO (2012, p. 58) leciona que

Respeitadas as aptidões, a idade, a habilitação, a condição pessoal (doentes ou portadores de necessidades especiais), a capacidade e as necessidades futuras, todo condenado definitivo está obrigado ao trabalho, o que não se confunde com pena de trabalho forçado, e, de consequência, não contraria a norma constitucional estabelecida no art. 5º, XLVII, c. Para o preso provisório o trabalho é facultativo, e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Todos os presos, portanto, estão sujeitos ao trabalho, seja interno, seja externo. Apenas o preso temporário, cujo labor é facultativo (art. da LEP), e o preso político, cujo trabalho não é obrigatório (art. 200 da LEP), estão desobrigados a trabalhar.

Não obstante o § 1º do dispositivo conceder ao condenado as garantias das normas de segurança do trabalho, o § 2º do mesmo artigo exclui o preso dos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Com base no citado § 2º do artigo 28 da LEP várias empresas, com a bandeira de exercício de função social, tomam os serviços dos presos sem anotar a carteira de trabalho (CTPS), sem recolher qualquer valor à Previdência Social (INSS), sem depositar o fundo de garantia (FGTS) e sem observar diversos outros direitos trabalhistas que seriam devidos a qualquer outro trabalhador.

O artigo 29 da LEP, por seu turno, cria uma exceção ao salário mínimo, pois estabelece que a remuneração do preso não será inferior a ¾ do salário mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o trabalho do presidiário, em decisão de 09.11.2010, decidiu que:

Definitiva a condenação e iniciado o cumprimento de pena, estabelece-se entre o apenado e o Estado-juiz uma nova relação jurídica, regulamentada pelas normas constantes da Lei de Execução Penal. O trabalho desempenhado pelo apenado não possui natureza de relação de trabalho a suscitar a competência da justiça trabalhista (art. 114 da CF), de forma que atenta a lei federal o aresto impugnado. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP)" (REsp 1124152 /DF. RECURSO ESPECIAL 2009/0029547-0 Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

De acordo com a posição do STJ, assim, ao preso não se aplicam quaisquer direitos trabalhistas, sendo da Justiça Comum Estadual apreciar as controvérsias envolvendo o trabalho do preso, a despeito da previsão do artigo 114 da CF/88 (com a redação da EC 45/2004) que entrega à Justiça do Trabalho a competência para qualquer lide decorrente de relações de trabalho.

O STJ, no entanto, está apenas parcialmente correto.

Com efeito, o condenado recolhido à prisão forma com o Estado, de fato, uma relação especial de sujeição. O preso está em uma situação de subtração de seu direito de liberdade em virtude da prática de ato delituoso, devendo se submeter às normas restritivas aplicáveis ao caso.

O preso, ao prestar serviços no interior do estabelecimento prisional, ou mesmo quando prestar serviços externos em prol de entidades públicas, mantém sua condição de sujeição especial, não se lhe aplicando, conforme posição do STJ, quaisquer direitos trabalhistas.

Outra é a situação, no entanto, do preso em regime semi-aberto ou aberto que obtém autorização para trabalho externo em prol de entidade particular.

Deveras, a sujeição especial do preso em relação ao Estado não vige na relação entre o apenado e a entidade privada que lhe toma o serviço, pois aí

se forma um vínculo diferente daquele mantido com o Estado: um vínculo entre trabalhador e tomador de serviços.

Ao preso enquanto trabalhador da iniciativa privada são aplicáveis todos os direitos trabalhistas como qualquer outro trabalhador. Pensar em sentido contrário implica em tolher do preso direitos que não possuem ligação com a privação de liberdade, como os mais básicos direitos sociais conquistados pela sociedade.

Ademais, ao se permitir que empresas privadas tomem o serviço de apenados sem o respeito aos direitos trabalhistas, oficializa-se o *dumping social*, pois é criada uma concorrência desleal entre as empresas. Uma empresa que respeita os direitos dos trabalhadores, deposita o FGTS, recolhe o INSS, paga horas extras e o repouso semanal remunerado, possui um custo maior de produção daquela que emprega presos.

Autorizando o trabalho precarizado dos presos estar-se-á incentivando a precarização dos direitos dos outros trabalhadores, pois para conseguir competir no mercado todas as empresas terão que reduzir direitos ou jogar para a informalidade seus empregados para se equiparar àquelas que tomam serviços de presos.

Assim, não há negar ao preso em trabalho externo para entidade privada os mesmos direitos de todos os trabalhadores, o que atrai, por corolário, a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88).

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

As sucessivas Constituições do Estado Brasileiro, que foram ora democráticas e ora autoritárias, não permitiram o desenvolvimento no país de estudos a respeito da vontade de constituição.

Até 1988, assim, as Constituições Brasileiras eram, nas palavras de Ferdinand Lassale, meras folhas de papel, pois não possuíam força para vincular os demais ramos do Direito. No período pré 1988, a codificação da legislação permitiu à legislação ordinária o exercício de um poder superior à própria Constituição. O Código Civil, por exemplo, desde 1916 regulava as relações entre particulares de forma amplamente liberal.

Esta situação impediu o direito brasileiro de superar o positivismo jurídico, de simples subsunção da lei ao caso concreto.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Uma constituição democrática depois de longos anos de ditadura militar e legitimada pelos representantes eleitos pelo povo.

A Constituição de 1988 nasceu com a pretensão de ser 'cidadã', pois elevou ao mais alto patamar da pirâmide normativa várias normas voltadas ao prestígio da pessoa humana.

A Constituição de 1988, em razão da vontade de constituição, possui força normativa e, conforme leciona Konrad Hesse, vincula todo o Direito do país.

Nesta senda, independentemente da importância que tinham legislações ordinárias anteriores, as leis de antes de 1988 incompatíveis com a Constituição da República são tidas como não-recepcionadas, sem eficácia ou aplicabilidade no mundo jurídico.

Os juristas brasileiros, famosos por seu conservadorismo, demoraram anos para reconhecer a força normativa da Constituição. O Poder Judiciário aplicou por muito tempo leis incompatíveis com a nova ordem jurídica sem sequer apreciar a conformidade com a Constituição.

Apenas a partir do final da década de 1990, com o movimento de constitucionalização do Direito, gradativamente foi se extirpando do ordenamento as leis incompatíveis com a Constituição. O Código Civil foi renovado em 2002 e vários ramos do Direito passaram a interpretar a legislação a partir da Constituição. As cadeiras de Direito Constitucional das faculdades perderam o papel de meros coadjuvantes, sem importância, para se elevarem ao status de base de todas as outras disciplinas.

Não há negar a força normativa que a Constituição de 1988 possui atualmente. É tida como Lei Maior e com o poder de revogar ou esterilizar qualquer norma que desrespeite os preceitos traçados pelo constituinte.

Neste contexto, a LEP, que data de 1984, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição de 1988.

O artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88 elevam a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República.

O artigo 7º da CF/88, por sua vez, fixa os direitos essenciais de todos os trabalhadores urbanos e rurais, como FGTS, previdência social, jornada semanal de no máximo 44 horas, férias, 13º salário etc.

A LEP, ao dispor que não se aplica a CLT ao preso, não diz (e nem poderia dizer) que não se aplicam as disposições constitucionais relativas ao trabalho.

O STJ, ao dizer que o trabalho do preso é um 'não-trabalho' e que a não aplicação da CLT implica em tolhimento de todos os direitos trabalhistas simplesmente ignora a existência de normas específicas na Constituição da República. O STJ se apegua a um entendimento ultrapassado por mais de 20 anos de Constituição democrática e privilegia uma norma infraconstitucional em detrimento da própria Lei Maior.

O preso-trabalhador, empregado em entidade privada, não se diferencia de qualquer outro trabalhador, sendo que o falso pretexto de ressocialização e integração social acaba causando a precarização da condição de vida de um trabalhador e incentivando a prática de *dumping social*.

5 CONFLITO

Consoante já assentado nas linhas acima expendidas, o preso merece oportunidades de trabalho digno, pois não se despoja da sua condição de pessoa humana.

O trabalho do apenado é de interesse da sociedade, pois além de tornar produtivo um ser humano condenado, prepara-o para conduzir licitamente sua vida após obter a liberdade.

O presidiário está em uma situação de vulnerabilidade, pois qualquer pessoa terá, naturalmente, resistência em contratá-lo. Como corolário do princípio da isonomia, esta situação diferenciada exige um tratamento diferente. É lícito e necessário, portanto, o incentivo à contratação de presos.

Contudo, no contra fluxo estão os demais trabalhadores, com direitos conquistados ao longo de uma história de lutas sociais. Trabalhadores que não cometeram crime algum e precisam do trabalho para sustentar suas famílias.

A medida diferenciada de incentivo à contratação de presos deve, assim, levar necessariamente em conta a empregabilidade dos demais trabalhadores.

Neste contexto, a medida de incentivo de contratação de presos não pode afetar o gozo de direitos trabalhistas. Não se pode permitir o empregador escolher entre trabalhadores com direitos sociais ou trabalhadores sem eles, pois estes terão obviamente preferência àqueles, pelo menor custo da mão de obra.

As medidas voltadas aos apenados devem envolver outras áreas. A educação é um dos pontos que devem ser explorados, pois empregadores com conhecimento cometem menos atos discriminatórios e preconceituosos. Outro ponto de ataque é o fiscal. Baratear a mão de obra do preso, como incentivo à reinserção laboral, com subsídios fiscais é salutar, mas depende de vontade política.

6 CONCLUSÃO

A despeito do entendimento genérico do STJ, o trabalho do preso deve ser dividido em duas situações. A primeira diz respeito ao preso em trabalho interno ou em prol de entidades públicas, em que a sujeição especial com o Estado se mantém. A segunda refere-se ao trabalho do preso em benefício de entidades privadas, quando se forma uma relação particular entre o preso-trabalhador e o seu tomador de serviços.

Na primeira situação, não há falar em aplicação de direitos trabalhistas, já que a prestação de serviços é meramente acessória à restrição de liberdade que o preso sofre. Esta relação é de natureza administrativa e compete à Justiça Comum resolver eventual litígio.

Na segunda situação, forma-se uma relação privada entre o preso e o tomador, que equipara o apenado a qualquer outro trabalhador. Esta relação é de trabalho, devendo ser alcançados ao preso todos os direitos trabalhistas. Nesta condição, o litígio deve ser solvido pela Justiça do Trabalho.

Não há sustentar a posição jurisprudencial de inaplicabilidade de direitos trabalhistas a qualquer trabalho de preso, sob pena de se negar máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais e prestigiar norma infraconstitucional em detrimento da própria Constituição da República.

Não se pode oficializar o *dumping social*, tornando desleal a competição no mercado de trabalho entre empresas que respeitam os direitos sociais e empresas que não os observam, entre trabalhadores livres e trabalhadores presos.

A precarização de direitos trabalhistas do preso, notadamente por não ter vinculação à sua restrição de liberdade, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República do Brasil.

A plena eficácia da Constituição da República de 1988 passa obrigatoriamente pelo respeito aos direitos fundamentais ali previstos, não só os individuais do artigo 5º, mas também os sociais dos artigos 6º e 7º.

Se o trabalho do preso é condição de dignidade, a condição de apenado não pode ser utilizada para precarização de direitos sociais, legitimando o falso benefício social do trabalho em condições degradantes que visa, apenas, aumentar os lucros das empresas.

As ações afirmativas devem passar pela educação e por incentivos fiscais e, não, pela simples exclusão dos presos do seio dos direitos sociais constitucionais.

A jurisprudência não pode ficar inerte às normas constitucionais e aos fatos sociais e, em que pese a resistência do STJ em admitir a total aplicabilidade da Constituição, o vanguardismo dos juízes de primeira instância, tanto dos juízes criminais como os do trabalho, deve forçar uma mudança de paradigma jurisprudencial, forçar uma leitura constitucional da LEP no que diz respeito ao trabalho do preso, para permitir uma efetiva integração do apenado na sociedade, com direitos trabalhistas idênticos ao de qualquer outro trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1124152*, da 1ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 9 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1124152.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira. *Legislação de Direito Internacional do Trabalho e da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho cinco anos depois*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous (org.). *Trabalho Escravo Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2011.

PESSO, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009.

O INTERESSE PÚBLICO FRENTE À REALIDADE MUNDIAL DO EMPREGO E SEU REFLEXO NA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR QUANTO AOS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO

MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA*

Rui Barbosa (1958, p. 53-67), em conferência pronunciada em 20 de março de 1919, no Teatro do Rio de Janeiro, já demonstrava profunda preocupação com o tema dos acidentes de trabalho, preconizando pela necessidade de uma lei que tornasse obrigatório o seguro do empresário com relação a tais infortúnios, para assegurar a adequada reparação indenizatória ao operário acidentado. O autor, na mesma obra, cita o presidente norte-americano Abraham Lincoln, que em discurso ao Congresso Nacional daquele país afirmou que: “*O trabalho precede ao capital, e deste não depende. O capital não é senão fruto do trabalho, e não chegaria nunca a existir, se primeiro não existisse o trabalho. O trabalho é, pois, superior ao capital, e merece consideração muito mais elevada*” (BARBOSA, 1958, p. 18-19). É sob esse prisma, mas também com a consideração a outro fundamento republicano brasileiro, o da livre iniciativa¹, que se deve tratar dos litígios envolvendo os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais, que são, por lei², equiparadas aos acidentes.

O trabalhador é destinatário de benefícios previdenciários em caso de acidente ou doença ocupacional, pela simples ocorrência do evento assim classificado, sem prejuízo da indenização devida por seu empregador em decorrência de sua responsabilidade civil.

É sobre a reparação civil devida pelo empregador que tem surgido discussão doutrinária e jurisprudencial. A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, parte final, faz referência à indenização que o empregador está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa para o acidente de trabalho. A referência constitucional quanto a ser devida a reparação por acidente pelo empregador apenas em caso de dolo ou culpa tem sido superada quando da

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

¹ Constituição Federal de 1988, art. 1º, IV – elenca como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 2013, p. 1).

² Lei nº 8.213 de 1991, art. 20. (BRASIL, 1991).

hipótese de atividade, que por sua natureza, envolva risco ao empregado, isso com fundamento no Código Civil, art. 927, § único, ou quando da hipótese do item III, do art. 932 do Código Civil, de responsabilização do empregador por dano causado por seu empregado, quando do desempenho do trabalho ou em razão deste³. Alguns dão interpretação ampla ao que se entende por risco da atividade e outros sustentam, ainda, que o empregador sempre será responsável por indenizar o dano sofrido por conta de ser dele o risco do empreendimento, defendendo a responsabilidade objetiva plena.

Trata-se do embate entre as teses de responsabilidade subjetiva e objetiva nos acidentes de trabalho.

Do ponto de vista da organização empresarial, a tese da responsabilidade subjetiva é absorvida, inserindo-se dentro dos riscos do próprio empreendimento, com medidas de prevenção e de previsão de custos de eventual acidente que escape das medidas preventivas, tudo inserido dentro da composição do valor final do serviço ou produto do empreendimento. Já a tese da responsabilidade objetiva, quando alargado seu campo de aplicação, mostra-se de difícil absorção ao empresário, tornando impossível a composição efetiva de seus custos e previsão do lucro necessário para o empreendimento prosseguir.

Quando a responsabilidade objetiva do empregador é restrita às atividades que, por sua efetiva natureza, envolvam riscos aos trabalhadores, como no caso dos empregados em empresa de vigilância, sempre mais expostos aos efeitos de assaltos, por exemplo, a organização empresarial tem como compreender a questão e buscar previsão de custos, quer através de seguro específico aos empregados por tais fatalidades, quer através da formação de fundo de indenizações. O mesmo pode ser firmado com relação à responsabilidade decorrente do item III, do art. 932 do Código Civil. Porém, ao ser alargada a interpretação de risco – fugindo da natureza da atividade como definidora da responsabilidade – focando em riscos ocasionais, muitas vezes imputáveis a fatos de terceiros ou da própria vítima, para fins de responsabilidade, é causado um desequilíbrio na organização empresarial. Mais ainda quando declarada a responsabilidade objetiva do empregador pelo dano em razão de ser ele a suportar o risco do negócio. O custo não foi previsto – não era risco considerado na organização – e a indenização a ser fixada vai causar abalo econômico, muitas vezes podendo levar ao final do próprio empreendimento e dos empregos dali originados.

Entendo, na hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que o dever de indenizar decorre da atividade que por sua natureza envolve risco e esse dever diz respeito com qualquer pessoa que sofra o dano com nexo

³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. Recurso Ordinário 0003300-25.2007.5.04.0733, Redator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 27 de setembro de 2007 e BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. Recurso Ordinário 0197800-74.2009.5.04.0522, Redator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 29 de fevereiro de 2012, em que se trata da responsabilização do empregador quanto ao acidente causado por empregado seu e que causou dano a outro empregado.

de causalidade com a atividade do empresário, e não somente aos seus empregados. Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 189) refere que nessa hipótese a especificação da atividade de risco pode ser feita a partir do *critério do risco inerente* como elemento orientador. Cita o exemplo de uma empresa que comercializa flores, peças de vestuário ou comestíveis, que *normalmente não oferece risco inerente, mas a sua atividade pode se tornar perigosa à medida que se expandir e colocar veículos nas ruas para fazer entregas, transporte de mercadorias etc.* Cavalieri Filho (2012, p. 188) sustenta que a melhor interpretação do parágrafo único do art. 927 não deve utilizar a *teoria do risco excepcional*, já há muito superada. Nessa teoria a responsabilidade objetiva se faria presente somente se a atividade tivesse intensa possibilidade de dano, sendo potencialmente lesiva, fora dos padrões, nas palavras de Cavalieri, como a exploração de produtos explosivos, radioativos, tóxicos, inflamáveis e nucleares. Esse norte deve ser ponderado na análise dessa modalidade de responsabilidade, de vez que encontra eco na lição de Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 126) cita o professor Clayton Reis, que deu tradução ao dispositivo legal em comentário: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar a possibilidade de gerar prejuízos ou riscos para os direitos de outrem”*. Desvia-se o norte da teoria do risco excepcional para a do risco inerente, pois a leitura do dispositivo legal remete à atividade que tenha possibilidade de gerar risco ao trabalhador. O dever geral de prevenção dos riscos – de cuidado e segurança – que as atividades econômicas com risco inerente obriga aos seus exploradores é o fundamento para o dever de indenizar sem a presença do elemento da culpa. Existente o dever do cuidado na atividade, além do normal, pelo risco, na hipótese de dano, este deve ser indenizado pelo empreendimento. Mas, mesmo nesse caso, é necessária a análise das excludentes de nexos causal (fato de terceiro, culpa da vítima, caso fortuito e força maior), de vez que a norma responsabiliza o empregador enquanto for considerado **autor do dano**.

O conceito trazido por Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 179-180) de que todo o dano injustamente sofrido merece ser reparado não deve servir de baliza para a indenização por dano decorrente de acidente de trabalho sem culpa ou dolo do empregador ou não havido em atividade que, por sua natureza, envolva risco. Com efeito, o sistema previdenciário gera a reparação ao dano sofrido, não ficando o trabalhador ao desamparo. A responsabilidade objetiva se esgota com o seguro obrigatório que é pago pelo empregador e é dirigida ao Estado – INSS. Trata-se da aplicação da *teoria do risco integral*, onde o dever de indenizar decorre do próprio dano, sem considerar nem as hipóteses de excludentes de nexos (fato de terceiro, culpa da vítima, caso fortuito e força maior).

O efeito do alargamento do conceito de risco da atividade e da responsabilidade objetiva em qualquer hipótese, para efeito de indenização por acidente de trabalho, merece reflexão.

Suzana Metz (2011, p. 682), em artigo sobre gerenciamento de riscos, apresenta quadro sobre os fatores determinantes de gerenciamento de riscos do trabalho:

- Alto custo das relações de trabalho;
- Ajuizamento de processos trabalhistas baseados em fatos que poderiam ter sido identificados a tempo, ou, decorrente de conflitos que poderiam ter sido evitados;
- Responsabilização trabalhista, indenizatória e criminal, da empresa e, no âmbito penal, da pessoa física do respectivo gestor, por atos e omissões relacionados ao trabalho;
- Alargamento das atribuições do Ministério Público do Trabalho, dentre elas, a competência para instaurar procedimentos investigatórios e, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos, promover ações civis públicas;
- Alargamento das atribuições da Justiça do Trabalho, dentre elas, a competência para julgar ações relativas às sanções administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e executar contribuições previdenciárias decorrentes de ações trabalhistas;
- Exigência, por parte da sociedade, de comprometimento ético e responsabilidade social de empresas e empresários; e
- Necessidade de criação de fatores de diferenciação competitiva no mercado empresarial.

A autora apresenta, no mesmo artigo, outro quadro, desta vez referente às causas de perdas e conflitos trabalhistas:

- Desatenção para com normas, procedimentos e documentação trabalhista da empresa;
- Falhas na comunicação entre gestores e trabalhadores;
- Não avaliação dos reflexos trabalhistas das estratégias e práticas empresariais antes da respectiva implantação;
- Desconhecimento, ou, não identificação das situações de risco trabalhista a que a empresa está sujeita.

Os quadros demonstram uma mudança no comportamento empresarial, com estudo de riscos do negócio que determinam o adequado gerenciamento e de causas de perdas e de conflitos trabalhistas.

É com foco nesse tipo de empresa que a responsabilidade em razão de dano causado por acidente do trabalho deve ser analisada, para adequação ou não do entendimento que alarga a responsabilidade objetiva além da fronteira do risco inerente à própria atividade desenvolvida.

Humberto Ávila (2012, p. 485) ao tratar sobre o princípio da segurança jurídica apresenta um bom norte a ser observado:

O indivíduo precisa conhecer a regra que regula a sua ação, de modo a que possa calcular as conseqüências que serão àquelas atribuídas pelo ordenamento jurídico. Não há calculabilidade quando o indivíduo não consegue minimamente antecipar as conseqüências jurídicas de seus atos. Sem calculabilidade o indivíduo não tem liberdade jurídica de ação, na medida que não tem como deliberar a respeito dos efeitos jurídicos a serem atribuídos à ação que quer adotar. Isso significa dizer que a cognoscibilidade e a calculabilidade do Direito implicam a capacidade de o indivíduo poder conhecer a regra que regula a sua ação e poder minimamente medir as conseqüências jurídicas que ela lhe atribui. Conhecendo a regra que regula a sua ação e medindo os efeitos que ela lhe atribui, a decisão de agir envolve um ato de liberdade e de responsabilidade: de liberdade, na medida em que o indivíduo, podendo agir ou não agir, e podendo agir em um ou outro sentido, decide adotar um comportamento que se enquadra na hipótese de uma regra; de responsabilidade, porque o indivíduo, tendo possibilidade de calcular os efeitos atribuídos pela regra à sua conduta, opta pela ação e, com isso, decide aceitar a imposição dos referidos efeitos.

O alargamento da responsabilidade civil por acidente de trabalho além do que é previsto em lei, por afronta à calculabilidade das conseqüências da atividade de um empreendimento pode comprometer a segurança jurídica tão necessária à paz social.

Jeffry A. Frieden (2008, p. 94-95) cita a teoria comercial dos suecos Heckscher e Ohlin, sobre o capitalismo no final do século XIX e início do século XX:

[...] um país exportará bens de uso intensivo dos recursos que possui em abundância. Países com grandes extensões de terra se especializarão em produtos agrícolas que necessitam de grandes extensões de terras. Nações ricas em capital se concentrarão nos produtos intensivos em capital, especialmente manufaturados sofisticados. Regiões com abundância de mão-de-obra produzirão bens ou cultivos que exigem trabalho intensivo. Esses padrões de especialização levam a padrões análogos de comércio. Países ricos em terras, mas pobres em capital, produzirão culturas de grandes extensões de terra e importarão produtos manufaturados de capital intensivo. A idéia dos suecos também se aplica à movimentação de capital e indivíduos, assim como ao comércio. Segundo eles, esperava-se que os países ricos em capital exportassem capital, e os ricos em mão-de-obra exportassem mão-de-obra (evidentemente, terras não podem ser comercializadas internacionalmente sem que haja uma mudança nas fronteiras!).

A toda evidência, a teoria explicava como funcionavam os processos de migração, comércio e investimentos internacionais no período, conforme o autor.

As duas grandes guerras mundiais refrearam a globalização da economia, que somente retornou a partir da década de 1970, mas sem espaço para a

migração de mão de obra nos moldes do século XIX e do início do século XX e com o surgimento de uma ameaça que veio de sua própria essência: a concorrência (FRIEDEN, 2008, p. 490-491). Segundo Jeffrey A. Frieden, no final do século XX, a expressão “o preço chinês” se tornou a mais temida pela indústria norte-americana, pois os salários nos EUA eram pelo menos trinta vezes mais altos do que na China – mais de US\$ 800,00 por uma semana de trabalho de 40 horas contra US\$ 25,00 pela mesma carga horária. Surgiram questionamentos sobre o quanto essa remuneração mais baixa pode nivelar para menos os padrões salariais globais comprometendo as políticas de desenvolvimento social e as regras de proteção ao meio ambiente e à mão de obra. A Economia do Trabalho considera que o comércio internacional pode determinar que o emprego mude através de vários setores, o que pode gerar desemprego se os empresários, os empregados e os valores salariais do mercado forem lentos em se adaptar à mudança (EHRENBERG, 2000, p. 147), de vez que as economias dos países, em mercados internacionais competitivos, tendem a se especializar em áreas nas quais tem maior aptidão, em detrimento das áreas onde não são tão aptas, conforme a teoria dos suecos Heckscher e Ohlin já apresentada.

Entre a globalização experimentada no final do século XIX e a do final do século XX temos uma referência de migração de trabalhadores em diferentes setores da economia. No final do século XIX e início do século XX, nos EUA, 38,1% da mão de obra era empregada na agricultura, 37,8% na indústria, 20% nos serviços não governamentais e 4,1% em serviços governamentais. Já no final do século XX a área de serviços não governamentais americana tinha 54,5% da mão de obra, a área de indústria 26,5%, dos serviços governamentais 16,5% e a agrícola apenas 2,5%. Importante observar que o emprego no setor industrial americano esteve na faixa dos 40% dos anos 20 do século XX até o início dos anos 80, quando recuou para 32,8% (EHRENBERG, 2000, p. 147). A redução do emprego industrial verificada já revelava aspecto da globalização da economia que se fazia sentir: a perda de empregos de um país em detrimento de novos empregos gerados em outros países com maior aptidão para a produção de determinados produtos a menor preço. Na década de 70 os automóveis importados representavam de 14 a 15% de todos os veículos novos vendidos nos EUA, sendo que em 1981 já estavam a representar 28% (EHRENBERG, 2000, p. 146).

Para a ciência econômica a globalização dos mercados não se mostra nociva, de vez que a produção de produtos por países com ampla capacidade de fazê-lo por menor custo leva ao seu preço final internacional menor, beneficiando os consumidores, compensando a redução de valores salariais experimentada. Em outras palavras, a renda reduz globalmente, mas a capacidade de compra dessa renda é aumentada. Porém, essa transição econômica demanda tempo de acomodação e é essa a era que está sendo vivenciada no Brasil e no mundo.

O desafio do empresário brasileiro é a adaptação que deve ser experimentada até a efetiva definição da vocação brasileira no mercado internacional, que determinará a migração da mão de obra entre setores, com a diminuição de alguns e crescimento de outros. Um domínio adequado de custos e riscos, nesse cenário, é mais do que desejado.

Veja-se o lúcido comentário de Arion Sayão Romita (2012, p. 123-124) sobre o Pacto Mundial pelo Emprego, onde ele refere ao crescimento das taxas mundiais de desemprego que determinam a necessidade de criação de 300 milhões de postos de trabalho entre 2009 e 2015 apenas para absorver o aumento da população ativa e voltar aos níveis de desemprego anteriores à crise econômica de 2008, referindo que a OIT, na 98ª Conferência Internacional do Trabalho aprovou o Pacto Mundial pelo Emprego, com orientação das políticas nacionais e internacionais voltadas para o estímulo da recuperação econômica, geração de postos de trabalho e proteção para os trabalhadores e suas famílias. Segundo o autor,

o pacto preconiza a adoção de medidas destinadas a manter as pessoas no emprego, apoiar as empresas, proteger a população durante a recessão e acelerar a criação de empregos e a recuperação de postos de trabalho, combinadas com a utilização de sistemas de proteção social, particularmente para os mais vulneráveis, levando em conta, em todas as medidas, o cuidado de evitar a discriminação de gênero.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva ampla do empregador em caso de acidente de trabalho, no cenário atual, deve ser vista com cautela.

O *caput* do artigo 8º da CLT assim determina:

Art. 8º - As autoridades administrativas e Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

É regra de interpretação da Justiça do Trabalho a prevalência do interesse público sobre o interesse de classe ou o particular. Entendo que não interessa à sociedade o entendimento do juiz sobre o que é melhor conforme seus valores éticos ao julgar uma causa, mas sim que ele saiba interpretar a ética social e decidir de forma igualmente boa para todos. (OLIVEIRA, 2009).

A Justiça do Trabalho deve ser sensível às mudanças no mundo do trabalho, respeitando-as enquanto realidade social. O judiciário trabalhista não pode se afastar do interesse social e que deve ser sua força motriz.

Dispondo a Constituição Federal sobre a responsabilidade civil do empregador em caso de acidente do trabalho somente em casos de dolo ou

culpa, hipótese de responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva deve ter seu campo de aplicação restrito e não ampliado. O interesse público determina a preservação do emprego e para isso é necessária a preservação da própria empresa. Nessa ótica, e focando na empresa organizada e ciente dos riscos previsíveis no seu negócio, inserida em um mercado de competição globalizado, é que a responsabilidade objetiva do empregador em relação aos danos causados por acidente de trabalho deve ser limitada às hipóteses do parágrafo único, do artigo 927, e do inciso III do art. 932, ambos do Código Civil.

O alto índice de desemprego europeu, decorrente, segundo estudos (BORJAS, 2012, p. 582-585), do nível de proteção aos empregados, que leva as empresas a não se motivarem a abrir novos postos de emprego, força a reflexão de que não se deve alargar a interpretação da legislação pátria, que já encontra bom nível de compensação nas diferenças entre o capital e o trabalho.

Amartya Sen, economista indiano e Prêmio Nobel de Economia, em conferência no Fronteiras do Pensamento, edição de 2012, em Porto Alegre, questionado sobre o impacto da legislação trabalhista na economia afirmou que esta relaciona-se com a necessidade por justiça. Quando o trabalhador não tem poder de barganha, a legislação se justifica. Reduzida a necessidade, pelo maior poder negocial do trabalhador, deve ocorrer uma avaliação pragmática sobre a pertinência da proteção legal.

Ao tratar sobre educação e saúde, Amartya defende que se deve buscar acesso de qualidade a todos, mas começando pela educação e saúde básicas e depois evoluindo para maior qualificação, como meta futura.

Concluo, a partir dessas reflexões, que uma ampliação do campo da responsabilidade do empregador em acidente do trabalho e doença de origem ocupacional pode ser admitida como um ideal futuro, mas primeiro devemos atingir níveis básicos de proteção, com efetivação das normas que tratam de meio ambiente e segurança do trabalho, normas estas que se mostram relevantes, ainda que elevando custos de produção, e que decorrem do reconhecimento de que o ser humano trabalhador deve ser respeitado quanto às condições de segurança para trabalhar.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *A Questão Social e Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Simões Editor, 1958.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. 48. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saraiva de legislação).

BRASIL. *Lei nº 8.213 de 1991*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. *Recurso Ordinário 0003300-25. 2007.5.04.0733*. Redator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 27 de setembro de 2007. Disponível em <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:r2sHHmt7mTEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D26478546++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2007-09-01..2008-09-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. *Recurso Ordinário 0197800-74. 2009.5.04.0522*. Redator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:EYRO3fDQcHgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D41099784++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-02-01..2013-02-01++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BORJAS, George J. *Economia do Trabalho*. 5. ed., Porto Alegre: AMGH, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

EHRENBERG, Ronald G. *A Moderna Economia do Trabalho: teoria e política pública*. 5. ed., São Paulo: Makron Books do Brasil, 2000.

FRIEDEN, Jeffrey A. *Capitalismo Global: história econômica e política do século XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

METZ, Susana. Gerenciamento de Riscos do Trabalho como Estratégia Empresarial um Diferencial Competitivo no Cenário da Nova Competição. In: HORN, Carlos Henrique Vasconcellos (Org.); COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de Trabalho no Mundo Contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2011. p. 655-688.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Gonçalves de. O Judiciário e a Sociedade – Reflexões sobre o Papel da Justiça do Trabalho no Meio Social e a sua Permanência como Ramo Autônomo do Poder Judiciário. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 1, nº 02, p. 48-56, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. O Pacto Mundial pelo Emprego. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, v. 29, nº 337, p. 123-129, jan. 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS – O NEXO CAUSAL

JOSÉ RENATO STANGLER*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Dos pressupostos da responsabilidade civil; 3 Do nexo causal; 3.1 Teorias; 3.2 Da prática jurídica; 3.3 Das concausas; 4 Do nexo causal no acidente do trabalho e doenças ocupacionais; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos casos de danos à saúde do trabalhador, a regra é a impossibilidade de reparação do dano, uma vez que estes quase sempre são irreversíveis e irreparáveis. Consequentemente, substitui-se a reparação por uma compensação por danos material, moral e estético.

A responsabilidade civil do empregador, decorre, de um lado, dos fatores de risco, potenciais causadores de dano no cenário da responsabilidade industrial e tecnológica, e de outro, da maior proteção à vítima do dano injusto, assegurada na Carta Magna.

No entanto, para que o lesado tenha direito à indenização, imprescindível a presença, no ato alegadamente ilícito, dos pressupostos da responsabilidade civil: o dano, o ato ou fato; a culpa; a ilicitude; e o nexo causal.

Sendo o nexo causal o maior problema da responsabilidade civil contemporânea, interessa-nos, aqui, seu exame, no que se refere ao acidente do trabalho e doenças ocupacionais.

Longe de esgotar a matéria, procurar-se-á fazer uma pesquisa, *primeiramente*, sobre as teorias existentes sobre o nexo causal, a prática forense e as concausas e, num *segundo* momento, abordar-se de forma mais objetiva, o liame causal nos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

2 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil nada mais é do que a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o prejuízo ou dano causado (SANTOS, 2008, p. 23).

* Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Soledade – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho Contemporâneo e Seguridade Social.

No entanto, para que o lesado tenha direito à indenização, imprescindível que no fato gerador do evento danoso, estejam presentes os *pressupostos da responsabilidade civil*, de forma a acarretar a obrigação (SANSEVERINO, 2010, p. 145).

Os elementos da responsabilidade civil estão presentes no *art. 186 do Código Civil*, que assim dispõe: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*.

Os **pressupostos** mais representativos do sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro são: o dano, o ato ou fato; a culpa; a ilicitude; e o nexo causal.

Sendo o nexo causal o maior problema da responsabilidade civil contemporânea, interessa-nos, aqui, seu exame, no que se refere ao acidente do trabalho e doenças ocupacionais, ainda mais que além de se constituir *pressuposto da responsabilidade civil*, atua também como *medida* da obrigação de indenizar (SANSEVERINO, 2010, p. 153).

3 DO NEXO CAUSAL

O nexo causal é o vínculo, o liame, entre a conduta e o resultado, a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano injustamente sofrido. É a relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo (GONÇALVES, 2007, p. 579).

Mesmo na hipótese de indenização sem culpa (parágrafo único do art. 927 do CC), faz-se necessária a prova do nexo do dano com o causador.

Excluem, no entanto, a responsabilidade civil, rompendo conseqüentemente o nexo causal, a responsabilidade do agente, o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de indenizar e o caso fortuito ou força maior.

As excludentes de responsabilidade, por serem fatos impeditivos do direito de indenizar, atribuem ao réu o ônus da prova, nos termos do art. 818 da CLT c/c o inciso II do art. 333 do CPC (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 163).

3.1 Teorias

Visando identificar as causas e condições do vínculo causal, desenvolveram-se dois grupos de teorias: as *generalizadoras*, que equiparam as causas às condições e, as *individualizadoras*, que procuram distinguir, no processo causal, as causas das condições.

Destaca-se, no primeiro grupo, a teoria da equivalência dos antecedentes, e, no segundo, a teoria da causalidade adequada e a do dano direto e imediato.

3.1.1 Da equivalência dos antecedentes

Para esta teoria, a causa é *toda e qualquer circunstância que concorreu para produzir o dano*. Elimina-se, *mentalmente* a condição e se o resultado persistir, essa não será causa. Desaparecendo, no entanto, o efeito, a condição será causa (STOCO, 2011, p. 176).

Tal teoria é criticada, na medida em que pode conduzir a resultados absurdos, pois alguns liames são irrelevantes, não possuindo qualquer valor, como no caso de adultério, do marceneiro que fabricou o leite.

Como a teoria não distingue, na cadeia de causas, quais fatos foram mais ou menos relevantes na produção do resultado, desenvolveram-se outras teorias para atenuar a amplitude da mesma.

3.1.2 Da causalidade adequada

Esta teoria estabelece como *causa apenas o fato que se apresenta adequado à produção de determinado resultado*, aquele que demonstrar melhor aptidão ou maior idoneidade para causar um resultado lesivo (SANSEVERINO, 2010, p. 156).

Deve-se retroceder ao momento da ação ou omissão, visando destacar, dentre os antecedentes, aquele que estava em condições de produzir o dano. Se existiu somente por uma circunstância *acidental*, não será adequada (GONÇALVES, 2001, p. 581).

Quando o fato resulta de *múltiplas causas possíveis*, esse conceito gera dificuldades para estabelecer qual delas seria a mais adequada. Em decorrência, a doutrina optou por uma *formulação negativa* da mesma, trabalhando com a *noção de causa inadequada*, a que se mostra *estranha* a determinado fato lesivo.

A *formulação negativa do conceito* tem a vantagem de facilitar a verificação pelo juiz, *no caso concreto*, mediante análise retrospectiva, quando um fato não deve ser considerado ou não, como causa adequada do evento.

A *teoria da causalidade adequada* surgiu com o objetivo de limitar os exageros da teoria da equivalência dos antecedentes, permitindo a *avaliação concreta* dentro do processo de causação do dano.

Embora suas principais críticas sejam o excessivo grau de abstração e a imprecisão na determinação, dentre as diversas concausas, qual a adequada, esta teoria representou um avanço em relação a *teoria da equivalência dos antecedentes*.

Uma forma de superação das críticas à *teoria da causalidade adequada* é sua compatibilização com a *teoria da equivalência das condições*, bastando que se exija que a **“condicionalidade”** desta, seja pressuposto da **“adequação”** daquela.

A formulação positiva põe a prova da adequação a cargo do lesado, o que é injustificável. Conjugando-se, no entanto, as teorias, *provada a condicionalidade, fica presumida a adequação até prova em contrário*, o que se mostra mais vantajoso para o lesado.

Mesmo porque, se foi o lesante que praticou o ato lesivo ou se este aconteceu dentro de sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, *apesar da condicionalidade, não houve adequação entre fato e dano*.

A conjugação destas teorias mostra-se de grande utilidade prática, por exemplo, na demonstração do nexos de causalidade entre o trabalho desenvolvido em determinada empresa e a redução auditiva motivada pelo barulho do ambiente laboral, o que constitui uma modalidade de acidente de trabalho (Perda Auditiva Induzida por Ruído – PAIR).

Nesta hipótese, a condicionalidade da *teoria da equivalência* entre os antecedentes atrai para o trabalhador a prova de que o trabalho desenvolvido na demandada é uma das possíveis causas de sua doença auditiva.

E a adequação da *teoria da causalidade adequada*, na sua formulação *negativa*, atribui à empresa a prova de que tomou as cautelas para que o trabalho realizado no seu ambiente laboral não fosse causa adequada para a perda auditiva.

Em síntese, o autor deve demonstrar que o fato atribuído ao réu situa-se dentro do leque de “*condições*” aptas a provocar os danos, e ao réu provar que esse fato é *causa inadequada* dentro do processo causal que provocou o dano.

A *teoria da causalidade adequada* tem, no entanto, dificuldade em resolver o problema da interrupção do nexos causal – quando o fator interruptivo seja um fato não imputável ao agente responsável, o que ensejou o desenvolvimento da teoria do dano direto (SANSEVERINO, 2010, p. 160).

3.1.3 Dos danos diretos e imediatos

Também denominada *teoria da interrupção do nexos causal*, é a teoria mais razoável, pois ameniza as consequências extremas a que se pode chegar na aplicação prática das teorias anteriormente referidas (GONÇALVES, 2007, p. 581).

O curso normal do nexos causal é desviado pelo surgimento de um novo fator, que acaba conduzindo para o resultado lesivo, sendo essa circunstância qualificada como “*causa estranha*”, rompendo o “*liame de necessidade entre a causa e o efeito*”.

Por esta teoria, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa **necessária**, por não existir outra que explique o mesmo dano. *O dano deve ser efeito direto e imediato do ato ilícito.*

A *causalidade imediata* não é aferida pela proximidade temporal com o evento danoso, mas é considerada como a *causa eficiente* para o dano. Exemplo de causa imediata e eficiente do infortúnio é a omissão do empregador em adotar procedimentos preventivos (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 162).

Esta teoria é particularmente relevante nos processos causais complexos em que concorram mais de uma série de causas.

É reconhecida como a tese que melhor resolve os problemas suscitados pelo nexos causal na responsabilidade civil, o que não afasta, no entanto,

a utilidade prática das demais teorias que nada mais são que ferramentas postas à disposição dos operadores do direito.

A dificuldade maior desta teoria é explicar a exata extensão da *causa estranha*. A variante que melhor a explica é a que exige **necessariedade da causa**, ou seja, que entre a inexecução da obrigação e o dano, deve haver uma *relação de causa e efeito direta e imediata*.

O *agente primeiro* responde pelos danos que se prendem a seu ato por um vínculo de necessariedade. Pelos danos das *causas estranhas* respondem os demais. O agente do *primeiro* evento não responde pelos danos causados pelos eventos seguintes.

Sobre o nexo causal, nosso Código adotou a *teoria do dano direto e imediato*, conforme art. 403 do CC: *ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*.

Isto significa que o autor do *primeiro* dano não responde ilimitadamente. Também não se pode cobrar os danos remotos. Há que se distinguir, enfim, o verdadeiro dano, de danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos, pois não se indeniza esperança desfeita.

3.2 Da prática jurídica

A *teoria dos danos diretos e imediatos* não resolve, no entanto, todas as dificuldades que surgem. Na dúvida, deve-se resolver a *situação concreta* ponderando todas as circunstâncias, conjugando-se as teorias, o que pode ser feito, no plano processual, em três grandes perspectivas (GONÇALVES, 2007, p. 582):

1º - Conjugando-se a *teoria da equivalência dos antecedentes*, com as demais, com ênfase na “**condicionalidade**” da causa, de forma a estabelecer se determinado fato pode ser incluído no processo causal que redundou no evento danoso;

2º - Após, com a *teoria da causalidade adequada*, analisa-se a “**adequação**” desse fato na produção do resultado lesivo, devendo ser feita esta verificação em *perspectiva negativa*, conferindo-se o *ônus da prova da inadequação da causa ao réu* da ação; e,

3º - A verificação da responsabilidade do demandado deve atender, também, às exigências da *teoria do dano direto e imediato*, verificando-se a “**necessariedade**” da causa a ele imputada dentro do processo causal para o reconhecimento de sua “*adequação*”.

Deve restar demonstrado, dentre as condições aptas à produção do fato imputado ao demandado, que o dano guarda relação com o mesmo, com amparo na *teoria da equivalência dos antecedentes*, sob pena de extinção do feito, por ilegitimidade ativa do autor.

Após, transfere-se ao réu o ônus de provar a ausência de *adequação* ou *necessariedade da causa* que lhe é atribuída à produção do resultado alegado ou, na extensão pretendida.

A conjugação das teorias mostra-se recomendável, pois a noção de *causa necessária* ou *adequada*, em seu sentido *negativo*, permite estabelecer um limite jurídico-normativo para a *teoria da equivalência dos antecedentes* na fixação dos danos indenizáveis (SANSEVERINO, 2010, p. 164).

3.3 Das concausas

Decorrendo, o dano, de um fato jurídico isolado, não haverá maiores dificuldades na determinação da relação de causalidade. A teoria do nexo causal encontra embaraços na ocorrência de *concausas*, onde a pesquisa da verdadeira causa nem sempre será fácil.

Diante de uma cadeia de causas e efeitos, o estabelecimento de um vínculo causal poderá suscitar controvérsias, diante da dificuldade para se definir qual o critério a ser utilizado para concluir qual o nexo determinante da obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2007, p. 579).

Concausas são causas concomitantes que, juntando-se à principal, contribuem para a ocorrência do resultado, para o agravamento do dano. A existência de concausa não dispensa a existência de uma causa eficiente.

A concausa não exclui o nexo causal nem produz, por si só, o dano. Da mesma forma, não iniciam nem interrompem o processo causal, apenas o reforçam.

As *concausas* classificam-se em preexistentes, concomitantes e supervenientes. Eventualmente as preexistentes ou concomitantes podem romper o nexo, *quando absolutamente independentes* (STOCO, 2011, p. 180).

As *concausas preexistentes*, aquelas que já existiam quando da conduta do agente, não eliminam a relação causal. Da mesma forma a superveniente, que apenas reforça o resultado, e a causa concomitante.

Nas *concausas simultâneas* haverá um só dano, ocasionado por mais de uma causa, como na hipótese do dano que pode ser atribuído a várias pessoas, quando a responsabilidade será solidária (parágrafo único do art. 942 do Código Civil).

Nas *concausas sucessivas*, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos, a dificuldade está em escolher qual delas é a responsável pelos danos.

4 DO NEXO CAUSAL NO ACIDENTE DO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

Na hipótese de indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional, para a verificação do nexo causal há que se demonstrar a existência de relação entre o exercício do trabalho a serviço da empresa com o acidente sofrido pelo empregado (OLIVEIRA, 2011, p. 152).

No acidente do trabalho ou na doença ocupacional, o nexo causal é o vínculo que se estabelece entre a execução do serviço (causa) e o acidente do trabalho ou doença ocupacional (profissional ou do trabalho) (MELO, 2001, p. 35).

Numa sequência lógica, o exame da causalidade deve ser feito antes da verificação de culpa ou do risco da atividade, pois *jamaís haverá culpa do empregador se não constatado o liame causal do dano com o trabalho*.

Uma vez constatado que o empregado foi vítima de acidente ou doença ocupacional, cabe verificar em seguida o nexo causal, isto é, se há uma relação de causa e efeito ou liame de causalidade entre tal evento e a execução do contrato de trabalho.

Se o vínculo causal for identificado, estaremos diante de um acidente de trabalho conforme previsto na legislação; no entanto, se não for, torna-se inviável discutir qualquer indenização.

Nesse sentido o art. 19 da Lei nº 8.213/91 menciona que “*acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa*”.

Nem todo acidente ou doença que acomete o empregado tem relação com o cumprimento do contrato de trabalho, pois, muitas vezes, não se consegue constatar o liame causal para fundamentar o pedido de indenização em face do empregador.

No acidente do trabalho típico o nexo causal fica evidente, principalmente quando já existe a CAT – comunicação do acidente ao órgão previdenciário.

Porém, quando se trata de doenças ocupacionais, sua identificação exige maior pesquisa, pois mais difícil comprovar se a enfermidade decorreu ou não por causa do trabalho (MELO, 2001, p. 37).

O trabalho pode ser o único fator que desencadeia a doença, apenas um fator contributivo ou, ainda, apenas agrave uma patologia preexistente ou determine a precocidade de uma doença latente.

Para o MINISTÉRIO DA SAÚDE, quatro grupos de causas das doenças acometem os trabalhadores:

- a) comuns, aparentemente sem qualquer relação com trabalho;
- b) comuns, eventualmente modificadas sob determinadas condições de trabalho;
- c) comuns, que tem sua origem ampliada ou tornada mais complexa pelo trabalho; e
- d) específicas, tipificadas pelos acidentes do trabalho e pelas doenças ocupacionais.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA baixou a Resolução (CFM nº 1.488, de 11.02.98), que representa uma importante diretriz de segurança, recomendando procedimentos e critérios técnicos mais adequados ao

estabelecimento ou negação do nexa causal nas periciais médicas a respeito das doenças ocupacionais (OLIVEIRA, 2002, p. 243).

Não obstante, em muitas ocasiões, as provas colhidas não permitem concluir com certeza qual a origem do adoecimento, cabendo ao julgador conjugar fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece (OLIVEIRA, 2002, p. 155).

Somente haverá obrigação de indenizar, havendo nexa causal ou concausas ligando o acidente ou a doença, com o exercício do trabalho em serviço da empresa.

Em relação à caracterização do acidente do trabalho, a *concausa* ganha importância especial em face do que dispõe o inciso I do art. 21 da Lei nº 8.213/91 que equipara ao acidente do trabalho:

O acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda de sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 163).

Os requisitos para tal fim, deverão considerar a prática de algum ato ilícito por parte do empregador ou seus prepostos e/ou o exercício da atividade de risco ou dano injusto, de acordo com a teoria que for adotada.

A professora GISELE SAMPAIO, destaca que, acompanhando as transformações da responsabilidade civil, nos últimos tempos, o conceito de nexa causal foi *flexibilizado*, como forma de permitir a efetivação do princípio da reparação integral.

Acrescenta, ainda, que não é mais possível, em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir da vítima a prova cabal e absoluta da relação de causalidade (OLIVEIRA, 2002, p. 149).

Também GUSTAVO TEPEDINO defende que os pressupostos da responsabilidade civil sejam *flexibilizados* nas hipóteses de acidente do trabalho, em razão da sua natureza e das sérias repercussões dos danos sofridos para a vítima, para a família e toda a sociedade.

No sentido de facilitar o reconhecimento do nexa causal, o art. 21-A da Lei nº 8.213/91, introduzido pela Lei nº 11.430/06, estabeleceu que:

A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexa técnico epidemiológico ente o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

A inovação legal, ao incorporar o *Nexo Técnico Epidemiológico*, reforça a técnica de inversão do ônus da prova em favor do acidentado, presumindo que o adoecimento foi causado pelo exercício do trabalho, de acordo com diversas bases de dados com registros de pagamentos de benefícios (OLIVEIRA, 2002, p. 151).

Aplica-se de forma analógica referida alteração às ações acidentárias contra os empregadores se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo, quando se verificar nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a doença alegada.

No entanto, o simples reconhecimento de um benefício de natureza acidentária não assegura, necessariamente, a existência do nexo causal para fins de responsabilidade civil, pois se trata de presunção *juris tantum*, admitindo-se prova em sentido contrário.

Deve-se levar em conta, em algumas situações, o nexo concausas, que junto com outra causa, pode contribuir para o resultado final do acidente ou da doença ocupacional e aparece, com frequência, no exame das doenças ocupacionais (MELO, 2011, p. 41).

Por fim, o que a lei exige, efetivamente, para que se estabeleça o vínculo causal no acidente do trabalho ou doenças ocupacionais, é que haja relação entre a lesão sofrida pelo trabalhador ou mesmo a sua morte e o exercício da atividade laborativa.

Como não se pode falar na ocorrência sem que esteja presente a causalidade, é relevante que o acidente do trabalho ou a doença ocupacional tenha ocorrido quando no trabalho, em decorrência dele, no trajeto ou a serviço da empresa (BRANDÃO, 2006, p. 153).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, no presente trabalho, ainda que de forma sucinta, pesquisar as teorias existentes sobre o nexo causal, como sua prática forense, concausas, visando compreender o liame causal nos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

Num primeiro momento lançou-se alguns elementos sobre a responsabilidade civil, enfrentando-se, a seguir, o nexo causal e as teorias existentes sobre o mesmo. Mostrou-se claro, em decorrência, a necessidade de se conjugar as teorias, como forma de encontrar a melhor solução ao *caso concreto*. A compreensão da concausa mostra-se de grande relevância às hipóteses de doenças ocupacionais.

Por fim, para que possa haver indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional, restou claro que deve haver nexo causal ou concausas ligando o acidente ou a doença, com o exercício do trabalho em serviço da empresa.

Mais do que pesquisar, procurou-se instrumentalizar o operador do direito à compreensão do nexo causal como pressuposto da responsabilidade civil,

para os casos de acidente do trabalho e doenças ocupacionais, diante do fato de que se trata – o liame causal, de um problema atual da responsabilidade civil contemporânea.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. *Lei nº 8.213 de 1991, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2001.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2011.
- _____. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2002.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Empregador em Face do Novo Código Civil*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2008.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DE TRABALHO

EDSON MOREIRA RODRIGUES*

SUMÁRIO: 1 Conceito de responsabilidade civil; 2 Responsabilidade civil por acidente de trabalho; 3 O dever de reparação dos danos; 4 Espécies de responsabilidade civil; 5 A responsabilidade civil subjetiva no acidente de trabalho; 6 A responsabilidade civil objetiva no direito do trabalho; 7 Considerações finais; Referências.

1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para Sergio Cavalieri Filho (2004. p. 24), o vocábulo responsabilidade civil exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como “um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

De acordo com José Aguiar Dias¹, citando Marton, a ideia de responsabilidade significa:

[...] a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências estas que podem, ou não, estar previstas.

Observa Francisco José Marques Sampaio (2003. p. 62), que a responsabilidade possui, como finalidade, a recomposição do patrimônio jurídico lesado de alguém.

Esclarece Cláudio Brandão (2009, p. 206), que é necessária a existência de um prejuízo suportado pela vítima, pois a sua causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico.

Álvaro Vilaça de Azevedo (2004, p. 276) define a responsabilidade civil como a

[...] situação de indenizar o dano moral ou patrimonial decorrente do inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei ou, ainda, decorrente do risco para o direito de outrem.

* Juiz do Trabalho Titular da Vara de Santo Ângelo – RS.

¹ Sobre a distinção entre as concepções de responsabilidade civil, moral e penal, ver: DIAS, 1995. V. I, p. 1-12.

A responsabilidade civil, em resumo, é a obrigação, genericamente considerada, atribuída à pessoa física ou jurídica, de reparar um dano causado por ação ou omissão, caracterizadora da violação de um dever jurídico pré-existente (BRANDÃO, 2009, p. 209).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO

Acidente do trabalho é aquele que ocorre no exercício de atividade a serviço da empresa e provoca lesão corporal ou perturbação funcional, que pode causar ao trabalhador a morte, a perda ou a redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

Consideram-se, também, como acidente do trabalho:

- A doença profissional ou do trabalho, produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade;

- Acidente típico, que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa;

- Acidente de trajeto, que ocorre no percurso do local de residência para o de trabalho ou desse para aquele, considerando a distância e o tempo de deslocamentos compatíveis com o percurso do referido trajeto.

A Constituição Federal do Brasil em vigor, em seu art. 7º, inciso XXVIII, assegura aos trabalhadores, o direito aos benefícios do seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização a que o empregador está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Para caracterização do acidente de trabalho é necessário, então, que o evento cause danos materiais, morais e/ou estéticos ao empregado e esteja enquadrado nas hipóteses que a Lei 8.213/91 considera como acidente de trabalho ou situação e ele legalmente equiparada.

Como discorre Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 78), em face da existência de legislação especial no País sobre acidente de trabalho, houve já muita discussão quanto à responsabilidade civil do empregador, porquanto a obrigatoriedade de pagamento por ele do seguro de acidente de trabalho sugeria que estariam cobertos todos os riscos relacionados aos infortúnios laborais. Ficava a impressão de que o recebimento dos benefícios acidentários mais a indenização suportada pelo empregador, implicaria dupla reparação pelo mesmo fato, caracterizando a combatida figura do *bis in idem*.

Na vigência do Decreto nº 24.637/1934, era expressamente prevista no artigo 12, a exoneração do empregador ao pagamento de qualquer indenização de direito comum, pelo mesmo acidente coberto pelo seguro de acidentes.² A cobertura acidentária, no entanto, tinha limites estabelecidos que não atingiam o total ressarcimento do dano. Com isso, a lei especial que foi editada para proteger o trabalhador acidentado, trazia-lhe prejuízo na questão indenizatória,

² Art. 12. A indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum.

visto que a cobertura do seguro era inferior à prevista no Código Civil, de aplicação geral (OLIVEIRA, 2011, p. 78).

A correção desse problema começou com o Decreto-Lei 7.036/1944, que no seu art. 31³ previu a responsabilidade civil do empregador quanto o acidente resultasse de dolo seu ou de seus prepostos. Ficou assegurada, assim a cumulação de indenização acidentária e do direito comum, caso o empregador agisse com dolo para a ocorrência do acidente de trabalho.

Essa mudança, na época, gerou intensa discussão. Os empregadores sustentavam que a acumulação de indenizações, do seguro de acidentes e do direito comum, representava *bis in idem*, enquanto os empregados e sindicalistas entendiam de que além de caber a cumulação no caso de dolo, ela seria devida também nos casos de acidentes ocorridos por culpa do empregador (OLIVEIRA, 2011, p. 79).

O Supremo Tribunal Federal em diversos pronunciamentos, não só reputou válida a cumulação do art. 31 do Decreto-Lei 7.036/1944, como avançou no entendimento para estabelecer o direito do acidentado ser indenizado também nos casos de culpa grave do empregador. Com a sedimentação desse entendimento, foi aprovada em dezembro de 1963, a Súmula nº 229, com a seguinte redação: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador” (OLIVEIRA, 2011, p. 79).

A partir dessa súmula, os debates nos tribunais passaram a versar sobre o grau de culpa do empregador para a ocorrência do acidente, já que a indenização do direito comum cumulada com a acidentária somente caberia em caso de culpa grave do empregador.

Com a revogação do Decreto-Lei nº 7.036/1944 pelo Decreto Lei nº 293, de 28.02.1967, sobreveio o questionamento sobre a aplicabilidade da Súmula 229, já que as leis acidentárias posteriores, nº 5.316/1967 e 6.367/1976, nada mencionaram sobre a responsabilidade civil patronal. O STF, no entanto, manteve o posicionamento, reafirmando os termos da súmula citada (OLIVEIRA, 2011, p. 79-80).

A questão dos acidentes do trabalho foi muito debatida na Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1987, face as absurdas estatísticas sobre mortes, doenças ocupacionais e aposentadorias por invalidez, que colocavam o Brasil como campeão mundial de acidentes de trabalho. A responsabilidade patronal para abranger qualquer acidente em que o empregador tenha contribuído com dolo ou culpa foi inserida no projeto da Constituição desde a Subcomissão até a Comissão de Sistematização. Todavia, um substituto apresentado pelo “Centrão”, alterava a redação, limitando-se a prever “o seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador” (OLIVEIRA, 2011, p. 80-81).

³ Art. 31. O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos.

Para restabelecer o texto da Comissão de Sistematização, o Deputado Constituinte Nélson de Carvalho Seixas apresentou destaque com emenda aditiva, propondo o acréscimo da expressão: “sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Essa emenda aditiva foi aprovada de forma consagrada com 389 votos favoráveis, 2 desfavoráveis e 5 abstenções. A redação, tal a conhecemos hoje, passou a ser a seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Com o alargamento do campo da responsabilidade civil do empregador, quando não foi quantificado pelo dispositivo constitucional o grau de culpa do empregador, restou superado o entendimento consagrado pela Súmula nº 229 do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1963).

3 O DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS

O estudo da responsabilidade civil extracontratual tem como ponto de partida o direito romano, onde era vista como expressão de vingança em face do mal sofrido. Era consagrado o exercício da justiça pelas próprias mãos, de repressão do dano suportado pela vítima e criava a possibilidade de a ação do lesado ser desproporcional. Prevalencia a ideia do delito, com o direito à vingança privada (BRANDÃO, 2009, p. 208).

Francisco José Marques Sampaio identifica, na linha evolutiva que traçou da Antiguidade, com apoio em Mazeud, a ausência de intervenção do Direito e dos costumes, o que permitia a imposição, por cada um, de sua própria força, não havendo proporção entre o dano e a retaliação do ofendido. Menciona ele, todavia, a existência de controvérsia entre os doutrinadores sobre esse fato, que aponta, no período arcaico, referências nos direitos babilônico, hindu e hebraico ao surgimento da pena e a distinção entre as responsabilidades civil e penal, a exemplo do que ocorria com o Código de Hamurabi, o Levítico, o Código de Manu e o Thora (SAMPAIO, 2003, p. 87).

A primeira manifestação de limitação ao direito de vindita, oriunda da Lei das XII Tábuas, constitui avanço, com a intervenção do Poder Público para legalizá-lo, ao estabelecer os casos em que seria permitido, ou excluir quando desnecessário, e evoluiu, mais tarde, para a possibilidade de ser fixada uma pena. Introduziu-se, assim, paulatinamente, a noção de reparação tarifada, embora permanecesse sem estabelecer um critério genérico caracterizador da responsabilidade, uma vez que a regulava a partir de casos específicos (BRANDÃO, 2009, p. 208).

Inicialmente, então, prevalecia a regra da composição voluntária, mais tarde transformada em legal, sendo prudente ressaltar a observação de Caio

Mário da Silva Pereira no sentido de que não se pode identificar na lei referida um princípio determinante da responsabilidade civil, mas apenas referências a casos concretos (BRANDÃO, 2009, p. 209).

A tendência à amenização da responsabilidade fundada no grau da culpa, afirma Cláudio Brandão, é citada, também por outras leis, como a *Lex Pesonalia* e a *Lex Poetelia Papiria*. Destaca o autor que o ponto de destaque na evolução encontra-se na *Lex Aquilia*, com provável origem no Século III a. C., que derogou a Lei das XII Tábuas e consagrou, pioneiramente, a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual, ao contemplar o conceito de reparação, caracterizada em face de atribuir ao proprietário da coisa lesada o direito de destruir coisa alheia, em virtude de ter sido por ela atingido (BRANDÃO, 2009, p. 209).

Outra inovação trazida pela *Lex Aquilia* consistiu na substituição das penas fixas para a reparação pecuniária do dano causado. De acordo com essa Lei, quem matasse um animal ou escravo pertencente a outrem, ficava obrigado a pagar o maior valor que eles tiveram no ano anterior e em caso de ferimento, o valor que a coisa tivera no mês anterior. Esse direito, atribuído originariamente ao proprietário, foi estendido pela jurisprudência aos titulares de direitos reais, aos possuidores e até mesmo aos detentores (BRANDÃO, 2009, p. 209).

Silvio de Salvo Venosa assevera que coube à Escola do Direito Natural, a partir do século XVII, ampliar o conceito da Lei Aquília, até então casuística, que somente passou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o seu fundamento residia na quebra do equilíbrio contratual provocado pelo dano, operando-se a transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano (VENOSA, 2003, p. 19).

Pondera Caio Mário de Silva Pereira, que os juriconsultos romanos não chegaram a substituir totalmente a vingança pelo ressarcimento do dano, na medida em que não distinguiam completamente a pena de reparação da ideia de punição, permanecendo a semelhança entre a responsabilidade civil e a penal (PEREIRA, 2002, p. 3).

A consolidação do instituto da responsabilidade civil veio com o Código Civil Francês de 1804, que adotou a teoria desenvolvida por Domate Pothier⁴ e consagrou o dever de restauração do dano sofrido com fundamento na culpa efetiva e provada. Construiu-se a ideia baseada na inexecução dos contratos e nas obrigações sem convenção (delitos e quase-delitos), significando afirmar que não era necessário que o autor do dano tivesse vontade deliberada de provocá-lo (culpa delitual), sendo suficiente que tivesse agido com imprudência ou negligência (quase delito) (BRANDÃO, 2009, p. 210).

⁴ A teoria também inspirou todas as legislações modernas (DIAS, 1995, p. 44).

4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia central da responsabilidade civil é de que quem infringe um dever jurídico, causando danos a outrem, responde pelo ressarcimento do prejuízo. O fato gerador do direito à reparação do dano pode ser a violação de um ajuste contratual (responsabilidade de natureza contratual) ou a violação de um dispositivo do ordenamento jurídico, incluindo-se o descumprimento do dever geral de cautela (responsabilidade extracontratual ou aquiliana).

A indenização decorrente de acidente de trabalho, segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, em princípio, enquadra-se como responsabilidade extracontratual, porque decorre de um comportamento ilícito do empregador, por violação de deveres gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 92-93).

A classificação mais importante, porém, para o tema desse trabalho, é aquela formulada quanto ao fundamento da responsabilidade. Ela será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito causador de danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexo de causalidade para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador. A teoria da responsabilidade objetiva é também denominada teoria do risco, porque quem em decorrência da sua atividade cria risco de dano a outrem, responde pela reparação dos prejuízos. Em síntese, para que haja a responsabilidade subjetiva é imprescindível a comprovação da culpa, enquanto que na responsabilidade objetiva, cabe a reparação do dano tão somente pelo risco da atividade (OLIVEIRA, 2011, p. 93).

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO

Para cabimento de indenização é imprescindível que haja um dano. No trabalho haverá dano quando ocorrer um acidente do trabalho ou doença ocupacional.

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, pela concepção clássica da responsabilidade civil subjetiva, só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima. A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera, automaticamente, o dever de indenizar, restando à vítima nesse caso, apenas a cobertura do seguro de acidente do trabalho, de acordo com as normas da Previdência Social (OLIVEIRA, 2011, p. 94).

Assim, pela teoria da responsabilidade civil subjetiva somente caberá a indenização se estiverem presentes o dano (acidente ou doença ocupacional ou do trabalho), o nexo de causalidade do evento com o trabalho e a culpa do empregador. Esses pressupostos estão previstos no art. 186 do Código Civil e a indenização correspondente no art. 927 do mesmo diploma legal, com apoio maior do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal. De acordo com Sebastião

Geraldo de Oliveira (2011, p. 93), se não restar comprovada a presença dos pressupostos mencionados, não vinga a pretensão indenizatória.

De fato, em nosso direito vigora, em princípio, em matéria de acidentes de trabalho, a teoria da responsabilidade subjetiva, que tem raízes milenares e está impregnada em toda a dogmática da responsabilidade civil. Como assinala Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 106), “[...] aquele que sofre um dano tem, como primeiro pensamento, praticamente como reação instintiva, a necessidade de procurar o culpado para cobrar a reparação”. Assinala Maria Celina Bodin (2006, p. 22) que “[...] a idéia subjacente à responsabilidade subjetiva possui raízes tão profundas na cultura ocidental que nunca foi preciso, realmente, defini-la, porque a culpa enseja responsabilidade, sendo ela própria a sua razão justificativa”.

Salienta Alvinio Lima (1963, p. 176) que o legislador brasileiro consagrou a teoria da culpa, mas nem por isso deixou de abrir exceções ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tenha acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria desejável.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO

A complexidade da vida atual em sociedade, com a concentração da população em centros urbanos, propiciando a ocorrência de danos; o surgimento de invenções, que aumentaram as causas geradora de perigo: a inserção de novas tecnologias, como a eletricidade e a radioatividade; a produção de bens em larga escala; a utilização do automóvel e outros meios de transporte, aumentaram significativamente os riscos de acidentes, tanto domésticos, como no trânsito e, principalmente, no trabalho. A modernidade passou a trazer perigos difusos e anônimos, como salienta Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 106), que acaba deixando muitos acidentes ou danos sem reparação, porquanto a vítima, muitas vezes, não logra demonstrar a culpa do causador do dano, não se desincumbindo do ônus probatório quanto ao fato constitutivo de seu direito, tornando insuficiente, no dizer de Cláudio Brandão (2009, p. 211), a teoria da culpa para explicar o dever de reparação.

O choque da realidade com a rigidez da norma legal impulsionou, como aduz Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 106-107), os estudiosos no sentido de buscar soluções para abrandar, ou mesmo excluir, o rigorismo da prova da culpa como pressuposto da indenização, até porque o fato concreto, colocado em pauta para incômodo dos juristas, era o dano consumado e o lesado ao desamparo.

Aos poucos, a ciência jurídica passou a visualizar novas alternativas para amparar as vítimas dos infortúnios. Ao lado da teoria subjetiva, desenvolveu-se a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, segundo a qual basta a vítima demonstrar o dano e a relação de causalidade para obter a indenização. Sintetizando – por essa teoria os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia.

Observa Alvino Lima:

Imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob o ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação das perdas (1998, p. 87).

Arremata Maria Helena Diniz:

A responsabilidade objetiva funda-se no princípio da equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes [...] Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano a terceiros (2003, p. 50).

Na observação de Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 144), os juristas logo perceberam a insuficiência da teoria da culpa para atender a transformação social, que poderia acarretar praticamente a impossibilidade de reparação do dano suportado pela vítima se a ela fosse mantida a incumbência quanto a prova da culpa do causador, “dando causa a outros problemas sociais, porquanto para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

Assevera José de Aguiar Dias⁵ que os precursores da doutrina do risco foram alguns partidários da Escola do Direito Natural do Século XVIII, especialmente Thomasius e Heineccius, que “sustentavam a opinião de que o autor de um dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte” (DIAS, 1995, p. 55), o que se destinava a fundamentar a possibilidade de atribuir-se o encargo às pessoas privadas de discernimento e, por conseguinte, incapazes de culpa, princípio que veio a ser explicitamente consagrado na codificação alemã, sucedendo-se o Código Austríaco de 1811.

A responsabilidade e o dever de reparação decorreria então, exclusivamente do fato, assegurando-se à vítima o direito de ver recomposto o seu patrimônio, reduzido em face do dano sofrido. Essa teoria veio corresponder à socialização da noção do risco, a ser suportado por pessoa distinta daquela que resultaria da aplicação da regra geral prevista no Direito das Obrigações, segundo a qual permanece, em regra, com o credor (BRANDÃO, 2009, p. 217).

⁵ A doutrina da fundamentação da responsabilidade com base no risco sofreu forte oposição inicial, sob a justificativa de que representava uma tendência materialista, merecedora de repulsa ao espírito jurídico, negando-se a sua preocupação moral e afirmando-se que sacrificava a dignidade humana (DIAS, 1995, p. 55).

Assinala Sebastião Gonçalves de Oliveira, que:

[...] a aceitação progressiva da teoria da responsabilidade civil objetiva demandou amadurecimento prolongado, especialmente pelos confrontos das idéias antagonicas e dos ricos embates doutrinários. O desenvolvimento da "culpa" até o "risco", como pressuposto indispensável para a reparação, ocorreu por etapas que o transcurso do tempo ajudou a consolidar". Num primeiro passo, mesmo reconhecendo a necessidade da culpa para cabimento da indenização, houve concessões ou tolerâncias dos julgadores para abrandar o rigor desse pressuposto em benefício da vítima, o que o mestre Caio Mário denomina de adelgaçamento da própria noção de culpa, porquanto os juizes, invocando o velho adágio *In lege Aquilia, et levíssima culpa venit*, entendiam que a mais mínima culpa já era o bastante para gerar responsabilidade. Numa etapa posterior, ainda com o apoio da teoria da responsabilidade subjetiva, adotou-se a técnica intermediária da culpa presumida, favorecendo sobremaneira a vítima pela inversão do ônus da prova. No Brasil, a Súmula nº 341 do STF, adotada em 1963, consagrou que "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto", suplantando a interpretação literal do art. 1.523 do Código Civil de 1916. Da etapa da presença da culpa, bastou um passo a mais para atingir a responsabilidade sem culpa, conforme preconiza a teoria objetiva (OLIVEIRA, 2011, p. 108).

Abordando o tema da responsabilidade objetiva no direito positivo brasileiro, manifesta-se Cláudio Brandão:

O Código Civil de 1916 não deu à questão da responsabilidade civil um disciplinamento adequado, distribuindo, sem muita ordem e sistematização, a matéria.

Embora tenha consagrado, como regra geral, a teoria subjetiva da responsabilidade, adotou diversos casos de responsabilidade objetiva, como no ato praticado em estado de necessidade (art. 1.519 e 1.520); do dono do animal (art. 1.527); do dono do prédio em ruína (art. 1.528); do habitante da casa por onde coisas que dela caírem ou forem lançadas (art. 1.529); do credor que demanda dívida antes do vencimento ou já pagas (art. 1.530 e 1.531). Contudo a primeira manifestação na legislação da responsabilidade objetiva adveio do Decreto nº 2.681, de 07.12.1912 (art. 26), que atribuía às ferrovias o dever de reparação dos danos que, na exploração de suas linhas, causassem aos proprietários marginais (BRANDÃO, 2009, p. 227).

Menciona o referido autor, ainda, diversos outros dispositivos legais previstos em leis especiais, que estabelecem a responsabilidade objetiva, como a do transportador aéreo (Decreto-Lei nº 438/1938, Lei nº 4.221/1963, Decreto-Lei nº 32/1966 e Lei nº 7.565/1986), a do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (Constituição de 1946), pelos danos decorrentes da exploração de lavra (Decreto-Lei nº 227/1967),

por danos nucleares (Lei nº 6.453/1977), por danos ao meio ambiente (Lei nº 6.938/1981), pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (Constituição de 1988), pela exploração de atividade nuclear (Constituição de 1988), por danos causados aos consumidores (CDC, Lei nº 8.978/1990).

Significativa mudança ocorreu no tema da responsabilidade civil, com a introdução na regra do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) que consagra o princípio da responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem, acompanhando, nas palavras de Cláudio Brandão, a evolução do instituto, que não ficou atrás da ciência, dos interesses públicos e sociais, da proteção da pessoa e da dignidade humanas e, igualmente, experimentou profundas mudanças ao longo do século (BRANDÃO, 2009, p. 227).

Observa Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar o anteprojeto do Código Civil Brasileiro, que ele incorpora a teoria do risco criado, a qual, segundo sua ótica, é uma tendência do Direito positivo brasileiro.

No mesmo sentido é o entendimento de Aguiar Dias, que abaixo se transcreve:

Parece não haver mais dúvidas no sentido de que em tema de responsabilidade civil a tendência que vai se confirmando nos mostra que mais do que apontar o responsável pelo dano, optaram legisladores e aplicadores do direito, em dizer como ele será reparado.

Se a solução se encontra na ampliação dos casos de responsabilidade objetiva – e são inúmeros no CC/2002 –, ou na extensão de preceitos e dispositivos do Código de Defesa do Consumidor a campo antes reservado a regras do Código Civil ou mesmo à legislação extravagante, ou na liberdade atribuída ao juiz para identificá-la, quando e em que situação há um risco criado capaz de carrear para o explorador de certas atividades perigosas o ônus de responder pelos danos daí advindos, isso pouco importa, se o centro de preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletivo e socialmente considerado, inserido num mundo cujas fronteiras vão desaparecendo, para o bem e para o mal, por força da rápida e surpreendente capacidade tecnológica de alterar nossos hábitos, nossos direitos e deveres, nossa cultura, enfim, o mundo em que vivemos (DIAS, 1995, p. 50-51).

Sobre a aplicabilidade das normas que consagram a teoria objetiva na responsabilidade civil por acidentes de trabalho, assinala Sebastião Geraldo de Oliveira:

Não se deve esquecer que o desenvolvimento da responsabilidade objetiva tem estreita ligação histórica com a questão dos acidentes de trabalho. É principalmente nesse tema, tão aflitivo para o trabalhador,

que a teoria do risco encontra primazia de sua aplicação e a maior legitimidade de seus preceitos (OLIVEIRA, 2011, p. 135).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, por todo o exposto nesse singelo texto, que houve uma nítida inclinação do pensamento jurídico em direção à responsabilidade objetiva, mormente em questões de maior alcance social. Uma análise atenta possibilita identificar o ritmo de movimento nesse sentido, podendo-se então, com boa margem de acerto, intuir os próximos passos da responsabilidade civil, que apontam para a socialização dos riscos, a exemplo do que já ocorre no seguro DPVAT. Essas inovações, no entanto, somente se consolidarão e terão seus contornos delimitados, como afirma Sebastião Gonçalves de Oliveira (2011, p. 136), quando a jurisprudência firmar entendimento sobre o tema.

Porém, enquanto se espera pelas Súmulas e orientações jurisprudências, pode-se concluir pelas lições dos doutrinadores e precedentes judiciais, que a implementação efetiva da teoria do risco ou responsabilidade civil objetiva, em questão de acidente de trabalho, é mera questão de tempo.

Não obstante, como bem observaram os integrantes do grupo de estudo após a apresentação deste artigo, há que se ter critérios para a aplicação da responsabilidade civil objetiva, porquanto como salientou a Juíza do Trabalho Odete Carlin em artigo elaborado para apresentação no grupo de estudos, com o título “O problema da atual demarcação dos limites da Responsabilidade Civil Objetiva na esfera trabalhista”, citando RICOEUR, sobre o excesso de responsabilização:

assumir responsabilidades exageradas produz desvalorização moral do sujeito e atividades fatalistas. Quer dizer, se todos são responsáveis por tudo, independentemente do quanto façam por não sê-lo, ninguém haverá de ser, ao fim e ao cabo, responsável por nada. Se não há no extremo de elastecimento da doutrina objetiva, diferença entre um agir zeloso (sempre mais custoso) e um agir desidioso, qual a motivação, em termos de puro reconhecimento e apreço social por uma ou outra conduta, que motivará o agir específico e individualmente comprometido com o outro? Parece, portando, que, nesse extremo, o excesso de responsabilização chega a incitar, paradoxalmente, a irresponsabilidade.

Ilustrando o que se disse acima, de que a objetivação da responsabilidade é uma tendência da jurisprudência brasileira, colacionamos em anexo, acórdãos em inteiro teor nesse sentido.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria Geral das Obrigações: Responsabilidade Civil*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 229*. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. Aprovada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=229.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed., rev. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 854, p. 11-37, dez. 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doenças Ocupacionais*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXOS

ACÓRDÃO

(8ª Turma)

GMMCP/rs/rom

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ATIVIDADE DE RISCO

Aplica-se a responsabilidade civil objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco, como no caso dos autos, em que o Autor era vigilante de carro-forte e foi alvejado durante tentativa de assalto. Precedentes da SBDI-I.

Recurso de Revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-400-16.2008.5.03.0134**, em que é Recorrente **BRINKS SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA.** e Recorrido **DANIEL DIAS DA SILVA.**

Recurso de Revista pela Reclamada, às fls. 594/615, interposto ao acórdão de fls. 569/580, complementado às fls. 591/592.

Despacho de admissibilidade, às fls. 674/675.

Contra-razões, às fls. 677/698.

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos intrínsecos.

DANOS MORAIS - ATIVIDADE DE RISCO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Conhecimento

O juízo singular condenou a Reclamada a indenizar o Reclamante por danos morais e materiais com fundamento na responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade desempenhada.

Inconformada a Ré interpôs Recurso Ordinário, aduzindo, em síntese, que o caso é de aplicação da teoria subjetiva da culpa e que não pode ser responsabilizada pelo infortúnio.

O Tribunal Regional manteve a responsabilização da Ré apenas pelos danos morais. Adotou como fundamento a teoria da responsabilidade objetiva. Eis a decisão, no que é pertinente:

“DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS

Insurge-se a reclamada contra a sentença que deferiu indenização por danos materiais, morais e estéticos decorrentes de um assalto que ocorreu quando o reclamante laborava como vigilante de carro forte. Não se conforma com o reconhecimento da sua responsabilidade objetiva. Invoca o artigo 7º, XXVIII, da CR/88. Insiste que o artigo 927 do CCB não é aplicável ao caso em exame porquanto lei ordinária não pode prevalecer sobre dispositivo constitucional. Requer que esse Terceiro Regional declare a inconstitucionalidade do artigo 927, parágrafo único, do CCB. Insiste na inexistência de culpa pelo acidente ocorrido. Saliencia que o assalto configura caso fortuito ou força maior.

Examina-se.

O juízo monocrático, reconhecendo a ocorrência do acidente do trabalho, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos, fundamentado na responsabilidade objetiva da ré e na teoria do risco consagrada no artigo 927, parágrafo único, do CCB.

Como muito bem ressaltado na decisão de origem, na hipótese em exame, é incontroverso que o autor foi vítima de acidente de trabalho quando o carro forte em que laborava foi interceptado por bandidos e alvejado por tiros. O referido fato foi narrado na inicial e admitido na peça defensiva.

A prova pericial médica foi produzida às fls. 341/353, com esclarecimentos às fls. 387/389. O expert concluiu às fls. 353:

- Houve acidente de trabalho.
- Houve emissão de CAT.
- Há nexos com o trabalho do reclamante na reclamada.
- Há seqüelas físicas (monoplegia do membro superior esquerdo): estéticas e psíquicas.
- Há necessidade de reabilitação profissional.
- Há ainda afastamento pelo INSS até 31.08.2008, sujeito a prorrogação.
- Não há invalidez'.

Ao responder os quesitos das partes disse o perito às fls. 346/349:

'11- Diga o Sr. Perito, se o reclamante encontrava-se à época do evento fatídico devidamente habilitado ao exercício profissional de sua função?

R- Sim; ele estava apto e habilitado para o exercício profissional de vigilante de carro forte. Era funcionário contratado com carteira assinada pela reclamada como vigilante de carro forte.

12- Diga o Sr. Perito, se o reclamante recebeu treinamento específico para o cargo que ocupava, se este trabalhava armado, recebia EPIs e principalmente se o autor conhecia os riscos inerentes à sua profissão.

R - Sim. O reclamante recebeu treinamento específico para o cargo que ocupava, trabalhava armado, recebia EPIs e conhecia os riscos inerentes a sua profissão.

13 - Diga o Sr. Perito, ainda do ponto de vista técnico, uniforme, colete a prova de balas, armas e munições constituem equipamento utilizado pelo autor à época do evento narrado na inicial?

R - Sim. Uniforme, colete a prova de balas, armas e munições constituem equipamentos utilizados pelo autor à época do evento narrado na inicial.

14 - Diga o Sr. Perito, utilizando-se os preceitos da NR 6, se esta indica como EPIs os materiais mencionados no quesito anterior ou ainda de acordo com o mesmo instrumento legal indica especificamente EPI determinado para vigilantes armados.

R- A NR 6 estabelece requisitos mínimos para os EPIs e ela contempla proteção para todas as partes do corpo. Cada profissão tem previsão para uso de EPIs quando o uso de EPC (equipamento de proteção coletiva) não for suficiente.

17 - Diga o Sr. Perito quais as seqüelas da lesão provocada?

R - Monoplegia esquerda. Cicatrizes de ferimentos penetrantes no braço esquerdo, no tórax a esquerda e no antebraço esquerdo.

Há seqüelas estética, funcionais e psicológicas.

23 - Diga o Sr. Perito, se o autor ao momento do evento pericial encontra-se incapaz a toda e qualquer atividade profissional.

R - Não. O periciando no momento do exame pericial não encontra-se incapaz a toda e qualquer atividade profissional. Não é inválido.

24 - Considerando que a empresa concedeu treinamento, EPIs, EPCs, que o autor encontra-se devidamente informado sobre as peculiaridades da profissão, que abraçou e exercia, que em função do acidente ocorrido tomou todas as providências pertinente, se o INSS mantém o colaborador sob benefício respectivo, diga o Sr. Perito do ponto de vista médico ocupacional, houve algum erro de conduta ou procedimento inadequado?

R - Não do ponto de vista médico ocupacional, não houve erro de conduta ou procedimento inadequado especificamente nos itens enunciados no quesito acima.'

Ao responder os quesitos, afirmou também o perito às fls. 351/352:

'15 - Há possibilidade efetiva de reversão do quadro para recuperação total (100% integral) da aptidão normal de trabalho, na mesma função que exercia anteriormente, ou seja, de vigia de carro forte?

R - Não. Para a função de vigia de carro forte ou vigilante este perito contra indica pelos traumas psicológicos e déficits funcionais (monoplegia esquerda). Ele está matriculado no serviço de reabilitação profissional do INSS (vide 188 e 190).

17- Considerando que para empunhar corretamente um revólver em posição de atirar, o atirador precisa de boa habilidade e destreza com os membros superiores, já que o membro superior esquerdo atua como apoio ao alvo. Pergunto:

A - Do ponto de vista médico, a avaliação (sic) ou deficiência de um dos membros superiores prejudicaria a técnica correta?

R - Sim, com certeza prejudicaria, com risco para seu desempenho profissional.

B - O indivíduo com déficit de amplitude de movimento na articulação glenoumeral poderia realizar com precisão as tarefas inerentes à vigilância de carro forte em situação de emergência (numa situação de assalto, por exemplo), sem por em risco a sua vida ou a de seus companheiros?

R- Não. Ele não poderia realizar com precisão as tarefas inerentes à vigilância de carro forte em situação de emergência (numa situação de assalto, por exemplo), sem por em risco a sua vida e a de seus companheiros.

C- O indivíduo com déficit de amplitude de movimento na articulação glenoumeral poderia realizar com precisão a função de vigilante cumulado com a de motorista carro-forte sem prejuízo para segunda função?

R - Não. Ele não poderia realizar com precisão a função de vigilante cumulado com a de motorista carro-forte sem prejuízo para a segunda função.

D- Alguma empresa de vigilância, por serem todas obrigadas a manter a incolumidade física de seus empregados, assim como as determinações técnicas da polícia federal e do ministério da segurança e defesa, contrataria um indivíduo com as mesmas seqüelas do reclamante para o cargo de vigilante patrimonial ou motorista de carro forte. Se positiva a resposta favor explicar?

R- Não, porque este tipo de atividade profissional necessita de funcionários com capacidade física e mental totais para o seu desempenho'.

Vislumbra-se, portanto, que no presente caso há nexo de causalidade entre o acidente e os danos sofridos pelo reclamante. Nesse contexto, ficou caracterizada a incapacidade total para o exercício da função de vigilante.

No entanto, não restou comprovada nos autos a culpa da reclamada pelo acidente ocorrido. O próprio autor admitiu às fls. 409 que era qualificado para o exercício da função, tendo realizado cursos de capacitação, reciclagem e aperfeiçoamento, estava utilizando colete a prova de balas no momento do acidente e a blindagem do veículo estava em perfeitas condições.

Dessa forma, agiu com acerto o juízo a quo, que aplicou à hipótese dos autos a teoria da responsabilidade objetiva deferindo a indenização questionada com base no artigo 927, parágrafo único, do CCB, por considerar que a atividade exercida pela reclamada é de risco por excelência.

Neste contexto, é possível verificar que a referida atividade está classificada no mais alto grau de risco, segundo a Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) de conformidade com o item 8012-9, Anexo V do Decreto 6.042/2007.

Em que pese a responsabilidade do empregador ser apreciada, em regra, com base na teoria subjetiva da responsabilidade civil, a Justiça do Trabalho tem-se inclinado, em hipóteses ainda restritas, a admitir a incidência da teoria da responsabilidade objetiva.

Assim, ficou caracterizada a incapacidade do autor para o exercício da função de vigilante, devendo, no entender desta Relatora, receber pensionamento mensal a título de danos materiais.

Contudo, a maioria da Douta Quinta Turma deste Regional, em sua atual composição, decidiu que não estando inválido para o exercício de outra atividade laboral, o autor não faz jus ao recebimento de pensão mensal.

Por outro lado, restou mantido o reconhecimento da existência do dano moral e estético alegados pelo autor. O primeiro se relaciona com o abalo psíquico decorrente do fato de não poder exercer a sua antiga atividade e o segundo resulta da dor de conviver com uma deformidade externa. Os valores e a compensação das referidas indenizações serão apreciados em tópicos separados.

Deu-se provimento parcial para excluir da condenação o pagamento de pensão mensal a título de danos materiais.” (grifei - fls. 573/576)

No Recurso de Revista, a Recorrente argumenta que não se aplica ao caso a teoria da responsabilidade objetiva, mas sim a da responsabilidade subjetiva, motivo pelo qual sua responsabilização civil dependeria da comprovação de culpa, o que não ocorreu nos autos. Invoca os artigos 7º, XXVIII, 37, § 6º, 93, IX, da Constituição, 186, 187 e 927, parágrafo único, do Código Civil. Traz arestos.

Em se tratando de acidente do trabalho, emergem duas possibilidades de responsabilização: a primeira é a que se extrai do *caput* do artigo 927 do Código Civil, que contempla a responsabilidade subjetiva de quem comete ato ilícito; a segunda contempla a teoria do risco da atividade, cuja previsão está no parágrafo único do artigo supramencionado.

Efeitos diversos resultam da opção por uma ou outra modalidade de responsabilidade civil na apuração do dever de indenizar. A teoria da responsabilidade objetiva, cujos elementos identificados são o *dano* e o *nexo causal*, prescinde da comprovação da culpa. Desse modo, a simples demonstração do nexo entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo empregado é suficiente para que surja o dever de indenizar.

Esta Eg. Corte já decidiu pela aplicação da responsabilidade objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco. Nesse sentido, destaco o seguinte precedente da SBDI-I que envolve a mesma Reclamada:

“DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO INERENTE À ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A atividade de transporte de valores em carro forte é, pela sua natureza, indubitavelmente uma atividade de risco acentuado e, de acordo com o art. 2º da CLT, os riscos da atividade

econômica devem ser suportados pelo empregador. Saliente-se que, embora o art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, de indenizar o empregado em razão de acidente de trabalho, o caput desse dispositivo ressalta que os direitos ali previstos não o são de forma taxativa, ao dispor -além de outros que visem à melhoria de sua condição social-. Dessa forma, não há impedimento constitucional para a incidência do art. 927 do Código Civil, que no seu parágrafo único dispõe: -Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem-. Dessa forma, revela-se objetiva a responsabilidade do empregador quando há risco inerente à sua atividade. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.” (E-RR-84700-90.2008.5.03.0139, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 11.12.2009, grifei)

Em consonância com tal entendimento, destaco os seguintes julgados desta Eg. Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ART. 894, II, DA CLT. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso em exame, o empregado foi vitimado enquanto trabalhava como vigilante para a reclamada, por disparos de arma de fogo, vindo a falecer no local de trabalho. Remanesce, portanto, a responsabilidade objetiva, em face do risco sobre o qual o empregado realizou suas funções, adotando a teoria do risco profissional com o fim de preservar valores sociais e constitucionais fundamentais para as relações jurídicas, em especial a dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (E-RR-1538/2006-009-12-00.7, SBDI-1, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, DJ-13.02.2009, grifei)

“(…)

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE -CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA- (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutra norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento do nexo causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional,

se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido.” (RR-850/2004-021-12-40.0, 6ª Turma, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, DJ-12.06.2009)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador. 2. A atividade desenvolvida pelo reclamante - teste de pneus - por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o obreiro vir a lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do empregador. 3. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-422/2004-011-05-00.3, 1ª Turma, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, DJ-20.03.2009, grifei)

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA (PRINCIPAL). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL (DANO MATERIAL). ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Tribunal Regional, após analisar minuciosamente as provas constantes dos autos, concluiu que restou comprovada a culpabilidade do empregador no acidente ocorrido com o reclamante, e que a regra contida no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que atribui ao empregador o dever de indenizar dano decorrente de acidente de trabalho na hipótese de dolo ou culpa, não exclui a possibilidade da reparação do dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do atual Código Civil. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR-1018/2006-028-12-00.2, 7ª Turma, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJ-20.02.2009)

Ressalte-se que, no caso sob exame, o Tribunal Regional consignou que “é incontroverso que o autor foi vítima de acidente de trabalho quando o carro forte em que laborava foi interceptado por bandidos e alvejado por tiros”. O Autor, portanto, estava submetido à atividade profissional de acentuado risco, motivo pelo qual plenamente aplicável ao caso a responsabilidade objetiva, conforme entendimento sedimentado nesta Egrégia Corte.

Não há falar em violação aos dispositivos constitucionais e legais invocados. Quanto aos arestos transcritos, são inespecíficos, pois não tratam da hipótese em que o autor exerce atividade profissional de elevado risco.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 09 de fevereiro de 2011.

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Relatora

PROCESSO Nº TST-RR-400-16.2008.5.03.0134

C/J PROC. Nº TST-AIRR-440-95.2008.5.03.0134.

ACÓRDÃO

(1ª Turma) – TST

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE NA LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

1. Nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. É o que a doutrina denomina de responsabilidade objetiva.

2. No caso vertente, a natureza da atividade desenvolvida pela reclamada – usina de açúcar e álcool – é, inequivocamente, de risco em relação ao trabalho manual no corte de cana-de-açúcar, exigindo o manuseio de ferramentas pesadas e cortantes que, não obstante a utilização de equipamento de proteção, produzem lesões no cortador de cana, situação vivenciada pelo reclamante, que sofreu lesão no tendão tibial, com sequelas físicas e psicológicas.

3. Da aplicação da responsabilidade objetiva, que dispensa perquirição acerca da existência de culpa ou dolo do ofensor, decorre a obrigação de o empregador compensar o prejuízo imaterial causado ao reclamante, mediante o pagamento de indenização fixada segundo o princípio do arbitramento equitativo, de forma razoável e equilibrada.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-172700-87.2005.5.15.0058**, em que é Recorrente **FÁBIO VIEIRA DOS SANTOS** e Recorrida **ANDRADE AÇÚCAR E ÁLCOOL S.A.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, mediante o acórdão proferido às fls. 515-521, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo a improcedência do pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, por entender que a responsabilidade do empregador depende da culpa no evento danoso, que, na hipótese, não restou comprovada.

Dessa decisão, o reclamante interpõe o presente recurso de revista, às fls. 525-535, com amparo no art. 896, “c”, da CLT.

Admitido o recurso de revista (fl. 539), foram apresentadas as contrarrazões (fls. 543-565).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 523 e 525), tem representação regular (procuração à fl. 27, substabelecimento à fl. 69), sendo desnecessário o preparo. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos intrínsecos do recurso de revista.

1.1. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE NA LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A Corte Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo a improcedência do pedido de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho, por entender que a responsabilidade do empregador depende da culpa no evento danoso, que, na hipótese, não restou comprovada. A decisão foi proferida, às fls. 515-521, nos seguintes termos, *verbis*:

- Do dano material/moral

Pretende o reclamante a reforma da r. sentença ao argumento que restou comprovado que houve nexos causal entre a sua atividade e o acidente sofrido. Diz que o juízo *a quo* deixou de analisar o caso sob a ótica da responsabilidade objetiva da reclamada.

O atual Código Civil estabelece em seu artigo 927:

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

Sendo que o artigo 186 conceitua ato ilícito, na medida em que expressa:

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

Em face de tais dispositivos legais, a obrigação de indenizar encontra-se condicionada à comprovação do dano sofrido, a culpa do empregador e o nexo causal entre eles, sendo esses requisitos essenciais para se atribuir a responsabilidade civil por dolo ou culpa, os quais devem ser demonstrados de forma robusta pela suposta vítima.

Não havendo se falar, destarte, em responsabilidade objetiva.

Analisando o laudo pericial de fls. 162/167 e complemento de fls. 184/185, não se chega à conclusão que o acidente sofrido pelo reclamante tenha sido causado por ato ou omissão do empregador.

Às fls. 166/167, o expert assim se pronunciou “ ...O RECTE sofreu uma lesão do tendão tibial anterior esquerdo onde **seu primeiro atendimento no hospital de Bebedouro foi precário e foi realizada somente uma sutura no local do ferimento e não foi feito o diagnóstico da lesão do tendão de imediato. Portanto sua seqüela de hoje se deve a isso.** Quando foi avaliado pelo ortopedista seu quadro já estava com complicações. Se tivesse sido diagnosticada essa lesão no primeiro atendimento com certeza seu quadro clínico teria um prognóstico bem melhor” (grifei)

O perito deixou claro que o local de trabalho nem sempre pode interferir no tipo de lesão do reclamante e que o acidente “Depende do manuseio do podão e do estado físico (ansiedade, nervosismo, alcoolismo)” (fl. 165).

Enfatizou, também, que houve atendimento imediato e que foi emitido CAT (fl. 166). O reclamante, também se utilizava de EPI.

Como se observa, o sr. Perito em nenhum momento relacionou o acidente do recorrente com atos ou omissões da reclamada, mas tão-só que há nexo causal entre o acidente e o trabalho executado.

O reclamante foi devidamente notificado para, querendo, produzir outras provas (fl. 188). No entanto, concordou com o encerramento da instrução processual sem apresentar qualquer outra prova (fls. 199/200).

A culpa, nessa hipótese, não se presume. Necessária a existência de prova apta a demonstrar que o empregador, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, tenha dado causa à eclosão do acidente de trabalho (artigos 7º, XXVIII, CF, 159, CC/1916,186 e 927 CC/2002). Veja-se que a norma regente relaciona a responsabilidade do agente à prática de ato ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica vigente.

O ato ilícito, segundo a doutrina, pode ser comissivo ou omissivo.

O primeiro, se materializa quando o agente orienta sua ação num sentido contraveniente à lei; o segundo eclode quando o agente se abstém de atuar e, com sua inércia, viola um direito predeterminado.

Inexistente prova de que a empresa tenha agido em desconformidade com o ordenamento jurídico, evidente a inexistência do dever de indenizar.

Inconformado, o reclamante interpõe o presente recurso de revista, pretendendo receber indenização por danos morais pelo acidente de trabalho sofrido. Alega que a responsabilidade da reclamada é objetiva, ao argumento de que a atividade por ela desenvolvida de corte de cana-de-açúcar envolve grande risco para a saúde do trabalhador. Aduz que a reclamada, para

desenvolver a sua atividade econômica, depende da exploração de mão de obra na lavoura, mais precisamente no corte de cana-de-açúcar, trabalho que exige o manuseio de ferramentas pesadas e cortantes, como, por exemplo, o “podão” utilizado pelo autor. Afirma que muitas vezes os equipamentos de proteção individual fornecidos para os empregados não são eficazes para a segurança e a integridade física do trabalhador, como no presente caso, haja vista os constantes acidentes de trabalho nos quais, na maioria das vezes, há a mutilação de membros superiores e inferiores dos empregados. Ressalta a teoria do risco profissional que considera que o dever de indenizar deriva da própria atividade profissional. Indica violação dos arts. 2º da CLT, 927, parágrafo único, do Código Civil e 7º, *caput*, da Constituição Federal e traz um aresto para o cotejo de teses.

O recurso merece conhecimento.

Extraem-se do acórdão recorrido as seguintes premissas: o dano sofrido pelo empregado (lesão do tendão tibial anterior esquerdo decorrente do manuseio do podão) e o nexo causalidade entre a atividade exercida e o ato danoso.

Todavia, a Corte Regional não reconheceu a responsabilidade objetiva ou subjetiva da reclamada, concluindo que a obrigação de indenizar é condicionada, além da comprovação do nexo causal entre o dano sofrido e o trabalho executado, à prática de ato ilícito pelo empregador, consubstanciada na omissão voluntária, negligência ou imprudência, que tenha dado causa à eclosão do acidente de trabalho, que, na hipótese dos autos, não restou demonstrada.

Todavia, os fatos delineados no acórdão do Tribunal Regional possibilitam sua qualificação jurídica nas disposições do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, dispositivo que consagra a teoria do risco da atividade empresarial como fator a responsabilidade objetiva, de modo a restar dispensada a perquirição em torno da culpa da reclamada.

Não se cogita, portanto, de revisão de fatos e provas, e, sim, de novo enquadramento dos fatos revelados no acórdão recorrido ao dispositivo da lei civil que alberga a responsabilidade objetiva em atividade de risco.

A teoria do risco profissional preconiza que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é decorrência da atividade ou profissão da vítima, conforme ocorreu na espécie.

Sinale-se que o dano moral, de acordo com a teoria do *dannum in re ipsa*, é consequência do próprio fato ofensivo, de modo que, comprovado o evento lesivo, tem-se, como consequência lógica, a configuração de dano moral ensejando o cabimento de indenização.

Cumpra adentrar no exame do fundamento adotado pela Corte de origem para aferir se no caso concreto a responsabilidade da reclamada é de natureza objetiva ou subjetiva.

Consoante se extrai do art. 7º, XXII, da Constituição Federal, configura-se em direito dos empregados a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, sendo dever do empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, além da necessidade de adotar precauções para evitar acidente do trabalho e a aquisição de doenças ocupacionais, conforme a ilação que se extrai do art. 157, I e II, da CLT.

Diante do incontroverso nexo de causalidade existente entre o acidente sofrido pelo reclamante e o trabalho por ele desempenhado na reclamada, infere-se, como consectário, a ausência do necessário respeito da reclamada às mencionadas normas que tutelam a segurança e medicina do trabalho.

Cabe assinalar que a utilização de EPI, por si só, não tem o condão afastar a responsabilidade da reclamada, mormente no caso em que o seu uso não impediu o acidente de trabalho sofrido pelo reclamante.

Ora, a teor do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição da República, é dever do empregador custear o valor do seguro do empregado contra acidentes de trabalho, bem como arcar com a indenização decorrente de tal fato gerador, quando incorrer em dolo ou culpa.

Discute-se se tal norma impõe a responsabilidade unicamente subjetiva do empregador em casos de acidente de trabalho ou a ele equiparado, ou se são admitidas hipóteses de responsabilidade objetiva.

É certo que o *caput* do art. 7º da Lei Maior esclarece que o rol dos direitos trabalhistas elencados nos respectivos incisos não é taxativo, mas apenas apresenta, exemplificativamente, um mínimo de direitos trabalhistas que devem ser observados pelos empregadores.

Nessa linha de raciocínio, admite-se que, diante da particularidade do caso concreto e do disposto na legislação infraconstitucional, seja cabível a aplicação da responsabilidade objetiva, em caso de atividade empresarial de risco.

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, preceitua a obrigação de reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, bem como “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No âmbito das relações de trabalho, essa norma apresenta um dos fundamentos para a adoção da responsabilidade objetiva, configurando o que é doutrinariamente conhecido como teoria do risco empresarial, em que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial decorre da atividade ou profissão do trabalhador, independentemente da perquirição em torno da culpa do empregador.

Acrescente-se que, de acordo com o art. 2º da CLT, cabe ao empregador, e não ao empregado, a assunção dos riscos inerentes à atividade econômica, que, na vertente hipótese, consubstancia-se no dever de indenizar o dano

moral sofrido pelo reclamante, em decorrência da lesão sofrida no exercício de sua atividade.

Em convergência com o exposto, transcrevem-se os seguintes precedentes desta Primeira Turma, em que se admitiu ser aplicável a responsabilidade objetiva da empresa, em se tratando de acidente de trabalho:

RECURSO DE REVISTA - DANO MATERIAL E MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR - ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL - CONCEITO DE ATIVIDADE HABITUALMENTE DESENVOLVIDA - DIREITO DO CONSUMIDOR - DIREITO DO TRABALHO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA - INCIDÊNCIA. O sistema de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico é um dos reflexos da preocupação do legislador com a tutela dos direitos pertencentes àqueles que não podem negociar em condições de igualdade os seus interesses com a outra parte da relação contratual. Nesse passo, o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que será objetiva a responsabilidade daquele que, em face do desenvolvimento normal de sua atividade, puder causar dano a outrem. Atividade, no sentido utilizado na norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira comercial ou empresarial, para a realização dos fins econômicos visados pelo autor do dano. Entretanto, dado o caráter excepcional de que se reveste a responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico (já que a regra é de que somente haverá a imputação de conduta lesiva a alguém se provada a sua atuação culposa), somente nos casos em que os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo anormal e imprevisível ao sujeito que deles se utiliza haverá espaço para a incidência do citado diploma legal. Ressalte-se, ainda, que o Código Civil, por força dos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC, ostenta a condição de norma geral em termos de responsabilidade civil, motivo pelo qual a sua aplicação aos demais ramos do direito depende da inexistência de legislação específica sobre o assunto, assim como de sua compatibilidade com os princípios inerentes ao subsistema do direito em que se pretende aplicá-la. No direito do consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelos defeitos dos produtos e serviços oferecidos ao mercado é objetiva, independentemente de a atividade por ele normalmente desenvolvida apresentar risco a direito de outrem. Assim, afigura-se desnecessária a aplicação da norma civil às relações de consumo, dado o caráter mais benéfico desta. No art. 7º, XXVIII, da Carta Magna determina-se, tão somente, que o empregador responderá pelos danos morais e materiais causados aos seus empregados, desde que comprovada a culpa daquele que suporta os riscos da atividade produtiva. A Constituição Federal, como se percebe, não faz menção à possibilidade de se responsabilizar objetivamente o empregador pelos aludidos danos. Apesar disso, tendo em vista o disposto no caput do aludido dispositivo constitucional e o princípio da norma mais benéfica, a outra conclusão não se pode chegar, senão de que não se vedou a criação de um sistema de responsabilidade mais favorável ao empregado, ainda que fora da legislação especificamente destinada a reger as relações laborais, mormente se considerarmos que o trabalhador,

premido pela necessidade de auferir meios para a sua sobrevivência, apresenta-se, em relação ao seu empregador, na posição mais desigual dentre aquelas que se pode conceber nas interações humanas. Dessa forma, a fim de evitar o paradoxo de se responsabilizar o mesmo indivíduo (ora na condição de empregador, ora na condição de fornecedor) de forma diversa (objetiva ou subjetivamente) em face do mesmo evento danoso, somente pelo fato das suas consequências terem atingidos vítimas em diferentes estágios da atividade produtiva, necessária se faz a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil ao direito do trabalho, desde que, no momento do acidente, o empregado esteja inserido na atividade empresarialmente desenvolvida pelo seu empregador. A adoção de tal entendimento confere plena eficácia ao princípio constitucional solidarista, segundo o qual a reparação da vítima afigura-se mais importante do que a individualização de um culpado pelo evento danoso. Na hipótese dos autos, tendo em vista o acidente incontrovertidamente ocorrido em 06.09.2005, restam presentes os elementos necessários à incidência do dispositivo civilista, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão do Tribunal Regional do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-71900-73.2006.5.05.0291, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 24.02.2012).

RECURSO DE REVISTA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetivado empregador. 2. Com efeito, do quadro fático delineado no acórdão recorrido constata-se que o reclamante desenvolvia sua a atividade em situação de perigo acentuado, qual seja, em andaime a 4 metros de altura. 3. Nesse contexto, sendo indiscutivelmente objetiva a responsabilidade da reclamada de reparar os danos decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante na queda do referido andaime, ocasionando-lhe fratura de fêmur, de costela, além de escoriações pelo corpo (dano), e o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, visto que o acidente ocorreu no exercício da atividade funcional do empregado, resulta inafastável a procedência da pretensão deduzida pelo obreiro, com amparo no artigo 5º, X, da Constituição da República. 4. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. [...] (TST-RR-92300-51.2006.5.01.0055, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 21.10.2011).

RECURSO DE REVISTA. DOENÇA PROFISSIONAL EQUIPARADA AO ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVADO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. 1. O Tribunal Regional entendeu que nos autos existem provas da ocorrência de danos materiais, morais e estéticos e do nexo causalidade entre o trabalho e o dano sofrido

pela reclamante (labor em máquina de costura que provocou a perda da movimentação definitiva no braço direito), todavia concluiu que as provas produzidas não atestam a existência de culpa da reclamada, no evento danoso. 2. Entretanto, os fatos delineados no acórdão do Tribunal Regional possibilitam sua qualificação jurídica nas disposições do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, dispositivo que consagra a teoria do risco da atividade empresarial como fator que desencadeia a responsabilidade objetiva, de modo a restar dispensada a perquirição em torno de culpa do empregador. 3. A teoria do risco profissional preconiza que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é decorrência da atividade ou profissão da vítima, conforme ocorreu na espécie. Recurso de revista conhecido parcialmente e provido. (TST-RR-31440-50.2005.5.15.0081, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, **1ª Turma**, DEJT 18.06.2010).

Indicam-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte Superior, específicos em relação à atividade de corte de cana-de-açúcar desempenhada pelo reclamante:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ACENTUADO. CORTE DE CANA DE AÇÚCAR. O Tribunal Regional registrou que a reclamante torceu o joelho direito, durante a atividade de corte de cana de açúcar, o que lhe acarretou redução da capacidade de trabalho. Apesar de reconhecer o dano e o nexa causal deste com o trabalho, aquela Corte excluiu as indenizações deferidas na sentença, porque considerou que a ré não teve dolo nem culpa pelo acidente, tendo, inclusive, prestado à empregada toda a assistência cabível. O artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal consagra a responsabilidade subjetiva do empregador, pelos danos decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo empregado. Todavia, tal preceito não exclui a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que admite a responsabilidade objetiva, nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique risco para o direito alheio. É justamente esta a hipótese dos autos. Com efeito, a atividade explorada pela empresa reclamada (cultivo da cana de açúcar) impôs à reclamante um ônus maior do que o suportado pelos demais membros da sociedade, pois fez com que a empregada, no exercício corriqueiro de suas atividades laborais, estivesse mais sujeita à ocorrência de acidentes, em razão do grande esforço físico dela demandado, bem como das dificuldades de locomoção no canavial, circunstâncias de conhecimento notório. Assim, ao afastar a aplicação da exceção prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, o Tribunal Regional ofendeu a literalidade deste preceito. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR-24500-15.2006.5.09.0562, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, **7ª Turma**, DEJT 24.02.2012).

ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. RISCO DA ATIVIDADE. CONFIGURAÇÃO. 1. - O caput do art. 7º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da

condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - ínsitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho- (TST-E-RR- 9951600-44.2005.5.09.0093, SDI-I, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 12.11.2010). 2. Prevalendo compreensão mais ampla acerca da exegese da norma constitucional, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, visto que o acidente de que foi vítima o trabalhador - que laborava no corte de cana-de-açúcar-, ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a reclamada, notadamente considerada de risco. Precedentes. 3. Ilesos os arts. 186 e 927 do Código Civil e 7º, XXVIII, da Lei Maior e não demonstrada divergência jurisprudencial. Revista não conhecida, no tema. [...] (TST-ARR-52900-63.2008.5.15.0154, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 19.12.2011).

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. ART. 7º, -CAPUT- E INCISO XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NATUREZA DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. O -caput- do art. 7º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito, quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Isso se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - ínsitos à teoria do risco - admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador, por acidente de trabalho. No caso dos autos, a natureza da atividade desenvolvida é efetivamente vulnerável à ocorrência de evento danoso, consubstanciando-se, pois, em risco acentuado, principalmente pelo tipo de atividade desenvolvida pelo Autor, que consistia no corte manual de cana-de-açúcar. Nesta senda, defere-se o pagamento de indenização por danos morais e materiais. Recurso de

Revista conhecido e provido. (TST-RR-137700-19.2006.5.15.0146, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, **4ª Turma**, DEJT 30.09.2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. CONCAUSA. Esta Corte tem entendido que o artigo 7º, XXVIII, da CF, ao consagrar a teoria da responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa do empregador, não obsta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às lides trabalhistas, mormente quando a atividade desenvolvida pelo empregador pressupõe a existência de risco potencial à integridade física e psíquica do trabalhador e o acidente ocorreu na vigência do novo Código Civil. Efetivamente, o artigo 7º da CF, ao elencar o rol de direitos mínimos assegurados aos trabalhadores, não exclui a possibilidade de que outros venham a ser reconhecidos pelo ordenamento infraconstitucional, tendo em mira que o próprio caput do mencionado artigo autoriza ao intérprete a identificação de outros direitos, com o objetivo da melhoria da condição social do trabalhador. De outra parte, a teoria do risco da atividade empresarial sempre esteve contemplada no art. 2º da CLT, e o Código Civil, no parágrafo único do art. 927, reconheceu, expressamente, a responsabilidade objetiva para a reparação do dano causado a terceiros. No caso dos autos, não há dúvida quanto ao risco imaneente à atividade empresarial do corte de cana de açúcar, e o reclamante realizava trabalho que pelo seu modo de execução e pelas características do ambiente de trabalho, sujeita o trabalhador a um risco muito maior de acidentes em comparação com o trabalhador que lida em outras atividades agrícolas ou urbanas. Violações não configuradas. Súmula 333 do TST. [...] (TST-AIRR - 252700-24.2007.5.15.0052, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, **8ª Turma**, DEJT 02.09.2011).

No caso vertente, cumpre frisar que a natureza da atividade desenvolvida pela reclamada – usina de açúcar e álcool – é, inequivocamente, de risco em relação ao trabalho manual no corte de cana-de-açúcar, exigindo o manuseio de ferramentas pesadas e cortantes que, não obstante a utilização de equipamento de proteção, produzem lesões no cortador de cana, situação vivenciada pelo reclamante, que sofreu lesão no tendão tibial, com sequelas físicas e psicológicas.

Da aplicação da responsabilidade civil objetiva, que dispensa perquirição acerca da existência de culpa ou dolo do ofensor, decorre a obrigação de o empregador em compensar o prejuízo imaterial causado ao reclamante, mediante o pagamento de indenização que leva em conta os princípios do arbitramento equitativo (CC, art. 944, parágrafo único), da proporcionalidade e da razoabilidade (CF, art. 5º, V e X), bem assim as circunstâncias do caso concreto.

O acórdão recorrido divergiu desse entendimento.

Com apoio nesses fundamentos, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

1.2. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE NA LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

O reclamante, nas razões do recurso de revista, sustenta ser devida a condenação ao pagamento da indenização por danos materiais. Aponta violação dos arts. 2º da CLT, 927, parágrafo único, do Código Civil e 7º, *caput*, da Constituição Federal e transcreve um aresto para o cotejo de teses.

O recurso não alcança admissão.

Da análise das razões recursais, verifica-se que os dispositivos constitucional e infraconstitucionais invocados, bem como o aresto transcrito ao cotejo, não impulsionam o recurso de revista, à margem dos requisitos do art. 896, a e c, da CLT.

Com efeito, o art. 2º da CLT contém norma genérica acerca do conceito de empregador, ao passo que o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, limita-se a anunciar os direitos dos trabalhadores, revelando-se, portanto, impertinentes ao pedido de indenização por danos materiais, à falta de pertinência temática.

Por sua vez, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, consagra a teoria do risco da atividade empresarial como fator que desencadeia a responsabilidade objetiva, contudo não ampara o pedido de indenização por dano material.

No que tange ao pretendido dissenso jurisprudencial, o único aresto transcrito, à fl. 533, é oriundo de Turma do TST, hipótese não prevista no art. 896, “a”, da CLT.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no particular.

2. MÉRITO

ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE NA LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

No mérito, conhecido o recurso de revista, por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, reformando o acórdão recorrido, condenar a reclamada a pagar ao reclamante a indenização por danos morais.

Em observância a diretriz dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal e dos arts. 927, “*caput*”, e parágrafo único, e 944, “*caput*”, do Código Civil, e, em atenção ao tripé em que se esteia a teoria do valor do desestímulo (punir, compensar e prevenir) e ao princípio do arbitramento equitativo, fixa-se o valor da indenização por danos morais em R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), nos limites do pedido formulado na inicial, com juros de mora a contar do ajuizamento da ação e correção monetária a partir da publicação deste acórdão.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, apenas quanto à indenização por danos morais, por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a pagar ao reclamante indenização por danos morais, no importe de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), com juros de mora a contar do ajuizamento da ação, e correção monetária a partir da publicação deste acórdão. Custas de R\$ 560,00 (quinhentos e sessenta reais), sobre o acréscimo ora fixado à condenação, a encargo da reclamada.

Brasília, 30 de maio de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

Walmir Oliveira da Costa

Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-RR-172700-87.2005.5.15.0058

ACÓRDÃO

0077900-19.2009.5.04.0451 RO

DESEMBARGADOR HUGO CARLOS SCHEUERMANN

Órgão Julgador: 4ª Turma – TRT 4ª Região

Recorrente: ILDEFONSO HOMERO GONÇALVES BARRADAS - Adv. Juliana Padilha Juruá, Adv. Thiago Torres Guedes

Recorrente: SINTIA ANDREA DA COSTA SOUZA - Adv. Carlani de Moura Figueiredo, Adv. Cristiane Bohn

Recorrido: OS MESMOS

Origem: Vara do Trabalho de São Jerônimo

Prolator da Sentença: JUÍZA LILA PAULA FLORES FRANCA

EMENTA

ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE ENVOLVE O TRATO DE ANIMAIS. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EX-EMPREGADOR.

Em decorrência dos sempre presentes riscos naturais que cercam o exercício de atividades laborativas no trato de animais, riscos esses que são imprevisíveis em razão das reações instintivas dos animais e das suas características comportamentais, a responsabilidade civil aplicável é a objetiva. Assim, em face do incontroverso acidente do trabalho consistente no choque de uma ovelha contra o rosto da trabalhadora, do qual decorreram danos, evidenciado está o dever

de indenizar do ex-empregador, independentemente da verificação do elemento culpa. Responsabilidade civil imputada na origem ao ex-empregador mantida, ainda que por fundamento diverso. Recurso do reclamado a que se nega provimento, no aspecto.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso ordinário do reclamado.

Por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso adesivo da reclamante.

Intime-se.

Porto Alegre, 1º de fevereiro de 2012 (quarta-feira).

RELATÓRIO

As partes, inconformadas com a sentença de parcial procedência (fls. 140-8), interpõem recursos. O reclamado, pelas razões de recurso ordinário às fls. 153-7, busca a reforma da decisão recorrida quanto à responsabilidade civil que lhe foi imputada pelo acidente do trabalho ocorrido com a reclamante, com a consequente condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

A reclamante, nas razões de recurso adesivo às fls. 166-72, pretende a reforma da sentença em relação ao *quantum* da indenização por danos morais, bem como honorários advocatícios.

Com contrarrazões pelas partes (reclamante às fls. 162-4 e reclamado às fls. 180-84), os autos são encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR HUGO CARLOS SCHEUERMANN (RELATOR):

I - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. MATÉRIA PREJUDICIAL DO ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EX-EMPREGADOR.

A Julgadora da origem reconheceu o dever de indenizar do ex-empregador pela ocorrência do acidente do trabalho que vitimou a reclamante. Entendeu a magistrada que a responsabilidade civil aplicável ao caso é subjetiva, o que se conclui pela inteligência do art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna e do art. 186 do CC, havendo, todavia, em se tratando de acidente laboral, uma presunção de culpa do empreendimento quanto à segurança do trabalhador, recaindo ao empregador o ônus de provar que agiu com toda a diligência e a precaução necessárias a diminuir os riscos de lesões. Ponderou que os danos e o nexo causal estão evidenciados pela prova pericial médica. Em relação à culpa, presumiu que essa se configurou, considerando que o empregador não diligenciou de forma eficaz a fim de evitar acidentes como o da demandante,

adotando medidas que impossibilitassem situações em que os empregados se coloquem em risco. Entendeu não haver, ainda, prova da culpa exclusiva da trabalhadora conforme sustentado em defesa.

Irresignado, o reclamado recorre.

Alega o recorrente que a reclamante exercia a função de auxiliar de serviços gerais, tendo como algumas das suas atividades a conferência da folha ponto dos empregados, a compra de materiais em geral (como remédios para o rebanho e peças para o maquinário), além de auxiliar na contagem de ovinos. Sustenta inexistir nos autos prova do dano, seja, incapacidade laborativa, sejam prejuízos de ordem estética ou moral. Além disso, não concorda com a presunção de culpa reconhecida em sentença.

Argumenta que tudo o que o que ocorrer dentro do risco normal do trabalho, sendo matéria acidentária, refoge à indenizatória, razão pela qual somente aquilo que extravasar o simples risco profissional cairá no domínio da responsabilidade civil. Diz que a responsabilidade civil do empregador decorre da culpa, a teor do que dispõe o art. 7º, XXVIII da CF. Aduz que não contribuiu para a ocorrência do acidente, tendo adotado todas as medidas cabíveis para evitá-lo e, depois, para minimizar as suas consequências, prestando toda a assistência para a reclamante. Diz que a reclamante, ao contabilizar as ovelhas, atividade que era de seu pleno domínio e para a qual foi treinada, de forma absolutamente imprudente resolveu debruçar-se sobre a mangueira, projetando o corpo para o local onde estavam os animais, movimento este proibido. Menciona que a prova é clara no sentido de que a reclamante, sozinha, foi a responsável pelo evento. Argumenta que sempre agiu de forma correta e prudente, advertindo os seus empregados acerca da maneira em que realizado o trabalho na fazenda. Assevera que a NR 31 sobre Segurança e Saúde no trabalho na agricultura, pecuária e silvicultura, exploração florestal e aquicultura não apresenta qualquer regra que determine ao empregador atitude preventiva contra atos absolutamente ilógicos como este praticado pela reclamante. Refere que a questão dos autos extrapola o dever de concessão de EPI ou de treinar os trabalhadores, na medida em que se está diante de ato impensado cometido pela empregada para o qual nenhuma atitude preventiva do empregador será eficaz para evitar o sinistro. Aduz que sempre teve como princípio a preocupação com a saúde de seus empregados, tanto que socorreu imediatamente a reclamante após o infortúnio. Diz que a sentença recorrida entendeu tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva, o que não prospera em face da disposição constitucional que prevê a teoria da responsabilidade civil subjetiva para discussão relativa à reparação de dano decorrente de acidente de trabalho. Alega que o laudo pericial foi categórico quanto à ausência de incapacidade laborativa. Roga que o caso seja analisado com bom senso, asseverando ser impossível responsabilizar o empregador quando o empregado resolve subir em uma cerca para procurar uma ovelha que tinha escapado da contagem. Diz que a cerca existe justamente para estabelecer um isolamento seguro

entre os tratadores e os animais, não sendo esperado que o empregado, ao invés de procurar o animal de outra forma, vá debruçar-se cerca abaixo para procurar uma ovelha. Por todos esses fundamentos, pretende a reforma da decisão recorrida.

Examino.

Em petição inicial a reclamante alega que laborou na propriedade rural da demandada de 01.08.2006 a 31.01.2008, na função de serviços gerais. Menciona que em 16.03.2007, quando contava ovelhas, percebeu a falta de um animal e, então, debruçou-se sobre a cerca para procurá-lo, ocasião em que o animal saltou e bateu na sua face, ocasionando fratura do assoalho da cavidade orbitária esquerda. Diz que a reclamada não cumpria as normas de segurança e saúde no trabalho, pois nunca ofereceu EPIs ou treinamento adequados aos seus empregados. Refere que a lesão advinda do acidente importa em incapacidade laborativa, razões pelas quais formula pretensões indenizatórias a título de danos materiais, morais e estéticos.

Em defesa o reclamado, em síntese, admite a ocorrência do infortúnio narrado em inicial, mas atribuiu a sua ocorrência à conduta imprudente da trabalhadora, que projetou o seu corpo para dentro do local onde estavam os animais, o que acabou gerando o golpe de uma das ovelhas em seu rosto. Sustenta a inexistência dos pressupostos para o dever de indenizar fundado na responsabilidade civil subjetiva, pugnando pela improcedência da demanda.

Esboçados os limites da lide, reside a controvérsia na atribuição de responsabilidade ao demandado pelos danos decorrentes do acidente do trabalho sofrido pela demandante. A pretensão reparatória, de cunho material e moral, no caso, vem amparada em acidente do trabalho – assim considerado aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19 da Lei nº 8.213/91).

Segundo o ordenamento jurídico vigente, a obrigação de alguém reparar um dano, seja ele de índole moral ou patrimonial, surge quando comprovada a ocorrência do dano sofrido e do nexos causal entre este e o ato alegadamente violador da honra e da moral ou causador do dano material. Somente quando ultrapassada a verificação da presença desses dois requisitos – comum a ambas as modalidades de responsabilidade civil – é que se faz pertinente perquirir-se a modalidade atribuível ao empregador, se objetiva ou subjetiva e, se for o caso, da existência de culpa.

O fato (acidente) é incontroverso, consistindo o mesmo, em síntese, no choque de uma ovelha contra o rosto da reclamante, ocorrido quando a trabalhadora, ao realizar a contagem dos animais, debruçou-se sobre a cerca onde estavam as ovelhas para tentar localizar um animal faltante.

Acerca de tais circunstâncias em que o ocorrido o infortúnio laboral, as partes não apresentam qualquer divergência, consistindo a controvérsia,

como se disse, na consequência que cada uma das partes pretende atribuir a este evento danoso.

Os **danos** alegados (fratura no rosto, com parestesia permanente da asa do nariz e consequentes dano moral e estético) estão em parte demonstrados pela prova pericial médica produzida no feito (laudo às fls. 84-90, complementado às fls. 118-9), que confirmou que a reclamante é portadora de "*fratura do assoalho da órbita esquerda tratada cirurgicamente, e com sequelas de sensibilidade na asa do nariz a esquerda e pequena porção do lábio superior esquerdo*" - fl. 88. Ponderou o perito, todavia, que a reclamante não apresenta dano estético (resposta ao quesito 6, fl. 89) ou qualquer comprometimento funcional em decorrência da lesão (resposta ao quesito 3, fl. 88 e quesito 8, fl. 90).

Presente tais lesões, resta evidente também o dano moral, que emerge *in re ipsa*, do próprio fato. Ademais, é indubitoso o sofrimento provocado pelo acidente, que demandou a realização tratamento cirúrgico e implicou em restrições laborativas e de atividades de lazer, influenciando não somente a vida laboral da demandante, mas a vida social e o convívio familiar. Nesse sentido, o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 2008, fl. 86:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras de experiência comum.

Configurados os danos suportados, resta também comprovado o nexo causal entre os mesmos e o acidente do trabalho típico sofrido pela trabalhadora, tendo o perito médico inclusive sinalado nesse sentido (resposta ao quesito 4, fl. 88).

Acerca da causa de excludente de responsabilidade suscitada em defesa – e reiterada em recurso pelo reclamado – qual seja, **a culpa exclusiva da vítima**, também chamada de *fato exclusivo da vítima*, deve ser sinalado que tal causa exonerativa rompe o nexo causal e, por conseguinte, afasta o dever de indenizar por parte do empregador. Acrescento nesse aspecto, ainda que por demasia, que tal exclusão de responsabilidade se dá no âmbito da causalidade e não da culpabilidade, razão pela qual o exame de tal excludente se dá tanto nos casos de responsabilidade subjetiva (quando o dano, então, não terá origem em ação ou omissão do empregador), como nos casos de responsabilidade objetiva (hipótese em que o dano, então, não terá origem no risco gerado pelo exercício da atividade).

No entanto, a presença de tal excludente somente estará configurada se restar comprovado que o infortúnio decorreu única e exclusivamente da conduta da vítima. Nesse sentido, oportuna é a transcrição do entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, 6ª Edição, 2011, Editora LTr, pág. 162:

Fica caracterizada a culpa exclusiva da vítima quando a causa único acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever legal de cautela por parte do empregador.

Reitero que no caso dos autos não há controvérsia acerca das circunstâncias em que ocorreu o acidente: ao fazer a contagem de ovelhas a reclamante identificou uma faltante, quando, então, debruçou-se na cerca que isola os animais e foi atingida por um deles em seu rosto. Pois bem, cumpre examinar então se a conduta adotada pela reclamante no exercício de sua atividade tem o efeito que pretende lhe atribuir o reclamado: o reconhecimento de culpa exclusiva da vítima.

Inicialmente menciono que o conteúdo do contrato laboral da reclamante restou bem elucidado pelo perito engenheiro de segurança do trabalho nomeado no feito, com o que as partes concordaram. Acerca das atividades desenvolvidas pela reclamante na propriedade rural do reclamado, asseverou o perito à fl. 121:

- cuidar da horta, onde plantava verduras, capinava, etc...;
- tratar as galinhas;
- cuidar das ovelhas, onde levava-as para as pastagens, fazia tosquia, tratava com ração;- fazia a varrição do local;
- limpar o estábulo das ovelhas com pá e enxada; controlar ponto dos funcionários;
- nos últimos cinco meses, também comprava mercadorias no supermercado.

Assim, a atividade de contar ovelhas que a trabalhadora desenvolvia quando se acidentou estava entre as suas atribuições laborativas. No tocante ao procedimento por ela adotado (debruçar-se sobre a cerca que isola os animais), que no entender do reclamado teria sido totalmente imprudente, observo que uma vez que o empregador admite em recurso que a reclamante tinha pleno domínio de tal atividade e fora treinada para tanto (fl. 154), a conclusão a que chego é que tal conduta era corriqueira na realização das tarefas propostas, pelo que a essa prática não se pode atribuir o *status* de comportamento *absurdo, ilógico ou treloucado* que pretende ver reconhecido o reclamado. Como já se disse, para restar configurada a culpa exclusiva da vítima, a ocorrência do evento danoso não deve ter qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, regulamentares, técnicas,

ou, até mesmo, do dever cautela por parte do empregador. No caso em exame, embora alegue, o reclamado não comprovou que tenha treinado ou orientado a reclamante para o exercício de atividades propostas ou mesmo esclarecido acerca dos procedimentos a serem por ela adotados no trato com animais.

Ao contrário do sustentado pelo reclamado em defesa, ao argumentar que inexistente atitude preventiva que pudesse ser adotada para fins de evitar o infortúnio, entendo que o esclarecimento ao trabalhador acerca das formas corretas e locais adequados de aproximação, contato e imobilização de animais é medida que, se tivesse sido adotada pelo reclamado, poderia ter evitado o infortúnio. Aliás, nesse exato sentido dispõe o item 31.18.2 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre “*segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária silvicultura, exploração florestal e aquicultura*”.

Concluo, portanto, que a conduta da reclamante de debruçar-se sobre a cerca na tentativa de encontrar a ovelha faltante não constituiu causa única do acidente do trabalho, circunstância indispensável para fins de reconhecimento da excludente de responsabilidade invocada pela defesa, mormente se considerarmos que o empregador é o responsável pela organização do trabalho e gerenciamento da sua atividade econômica e é quem determina o local e os métodos de trabalho.

Neste aspecto, sinalo que na concepção atual de gestão de segurança, não há como se considerar o empregado com uma figura infalível e isento do cometimento de falhas corriqueiras e inerentes à natureza humana, razão pela qual o nível de diligência que deve ter o empregador que explora determinada atividade deve ultrapassar àquele esperado do homem médio. E o ir além, quando se trata de prevenção de eventos que violam a integridade física e psíquica do trabalhador, significa a adoção de medidas que prevejam e previnam situações em que os empregados, agindo naturalmente como pessoas humanas que são, se coloquem em risco.

Presentes tais aspectos, não há como se acolher a tentativa da recorrente de se eximir da responsabilidade que lhe foi atribuída, sob a alegação de que foi a vítima a única responsável pelo infortúnio, pelo quanto já se analisou e argumentou. Acrescento que para se reconhecer presente uma excludente de responsabilidade faz-se necessário a comprovação de que os motivos do acidente não poderiam ser evitados ou controlados pelo empregador, o que, definitivamente, não é o caso dos autos. Permanece intacto, portanto, o liame causal que pretendeu o reclamado romper, restando afastada a excludente por ele invocada. Ultrapassada a verificação da presença desses dois requisitos – dano e nexa causal – passo ao exame da **modalidade da responsabilidade** atribuível ao empregador, se objetiva ou subjetiva e, se for o caso, da existência de culpa.

E em atenção às razões recursais quanto à responsabilidade civil aplicada, elucidado que a Julgadora da origem não examinou a questão sob o

enfoque da responsabilidade objetiva, como aduz o reclamado em recurso. A magistrada *a quo* foi expressa ao consignar que “*a responsabilidade do empregador é subjetiva, o que se conclui pela inteligência do art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna e do art. 186 do CC*” (fl. 143), tendo ponderado, todavia, que em se tratando de responsabilidade civil em casos de acidentes do trabalho e doenças equiparadas a acidente, há uma *presunção de culpa* do empreendimento quanto à segurança do trabalhador, recaindo para o empregador o ônus de provar que agiu com toda a diligência e a precaução necessárias a diminuir os riscos de lesões.

Com efeito, o Código Civil de 2002, distinguiu duas espécies de responsabilidade quanto ao elemento subjetivo, porquanto, embora mantenha a concepção clássica que tem na culpa o fundamento da responsabilidade (responsabilidade subjetiva), também adota a teoria do risco (responsabilidade objetiva) e dentre as normas nas quais se manifesta a adoção da teoria da responsabilidade objetiva está o parágrafo único do art. 927, que atribui a obrigação de reparação quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, *in verbis*:

Art. 927 (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No que tange à aplicação desta cláusula geral para fins de responsabilização do empregador por caso do acidente do trabalho, a questão, no início, suscitou divergências, considerando o teor da norma constitucional inserida no inciso XXVI do Art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVII - seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Esta controvérsia, entretanto, restou praticamente superada, prevalecendo de forma majoritária o entendimento no sentido que é aplicável o parágrafo único do art. 927 do Código Civil nas relações trabalhistas, especialmente porque a norma contida no inciso deve ser interpretada em harmonia com o que prevê o *caput* do respectivo artigo. Ora, o elenco de direitos relacionados no art. 7º da Carta Magna é meramente exemplificativo prevendo direitos mínimos, ao expressamente admitir outros direitos “*que visem a melhoria da condição social do trabalhador*”, de modo que não há impedimento ou incompatibilidade de lei ordinária, como é o caso do Código Civil, ampliar ou acrescer direitos ali elencados. Não obstante, o dispositivo legal citado

expressamente limita a indenização àquelas atividades que, por sua natureza, impliquem riscos para os direitos de outrem, como bem refere Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, Editora LTr, 6ª edição, 2011, p. 123.

Como parâmetros utilizados para caracterizar essas atividades, importa citar Raimundo Simão de Melo, que refere em sua obra *Direito ambiental do trabalhador e a saúde do trabalhador*, Editora LTr, 3ª ed., 2008, p. 214, que o tipo de risco previsto no parágrafo único do art. 927:

(...) não é um risco qualquer, um risco normal inerente a qualquer atividade humana e/ou produtiva, mas a atividade cujo risco a ela inerente é um risco excepcional e incomum, embora previsível; é um risco que aumenta as possibilidades de ocorrência de eventos danosos para as pessoas. Este risco deve decorrer da atividade desenvolvida com regularidade por alguém, que não seja esporádica ou eventual. É a atividade potencialmente perigosa que alguém desenvolve costumeiramente na busca um resultado, e que, pela experiência acumulada, já é capaz de se prever a ocorrência de acidentes com prejuízos para terceiros.

A solução da questão é casuística, ou seja, importa análise da atividade em concreto discutida, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva apenas àquelas atividades em que o risco esteja presente pela própria natureza da atividade. Norteia a interpretação do alcance da “atividade de risco” o Enunciado de nº 38 do Conselho da Justiça Federal no sentido de que os riscos para direito de outrem decorrem de atividades que geram ao sujeito um “ônus maior do que para os demais membros da coletividade”.

Nesse aspecto, registro inclusive que há entendimentos jurisprudenciais no sentido de ser possível a aplicação da responsabilidade objetiva tanto em decorrência da atividade empresarial desenvolvida, como em função da própria dinâmica laborativa, sendo o seguinte julgado da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado do TST por demais elucidativo a respeito da questão:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA (FATO DA VÍTIMA).

A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutra norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento do nexa causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais,

convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido. (TST, RR-850/2004-021-12-40.0, 6ª Turma, Relator Min. Maurício Godinho Delgado, DJ 12.06.2009)

O reclamado, empreendedor rural, é proprietário da propriedade rural de nome “Fazenda da Vista Grande” (fl. 28), ou também chamada de “Fazenda Nsa. Senhora da Vista Grande” (fl. 14), localizada no município de Vale Verde - RS. Embora sejam escassos os elementos nos autos que evidenciem que tipos de atividades eram exploradas em dito estabelecimento, pelos termos da defesa se pode concluir, sem margens de dúvidas, que o reclamado se dedicava ao cultivo de fumo e criação rebanho de ovelhas e ovinos. A demandante, por sua vez, no exercício das atividades atinentes ao cargo intitulado auxiliar de serviços gerais, desempenhava tanto atividades administrativas (controle de ponto dos demais empregados e compra de mercadorias), como tarefas que envolviam o trato com animais, como, por exemplo, tratar galinhas e cuidar das ovelhas, o que envolvia levá-las para pastagens, fazer tosquia, alimentá-las e realizar a sua contagem. A respeito das atividades que envolvem o trato de animais, principalmente os de razoável porte, tenho que as mesmas são rodeadas de riscos naturais sempre presentes e que são imprevisíveis em razão das reações instintivas dos animais e das suas características comportamentais que os fazem agir ora agressivamente, ora mais tranquilamente, não havendo como se ter controle da sua reatividade. Por tal razão, os trabalhadores que lidam com animais contam com a presença habitual de riscos e estão constantemente expostos a quedas, chifradas, mordidas, coices e pisadas, além de estarem vulneráveis às chamadas zoonoses, que são as doenças transmitidas ao homem pelos animais.

Partindo-se dessa premissa, considero que a reclamante, no exercício normal de suas atividades laborativas, que envolviam o trato de animais, estava exposta à situação mais gravosa, se comparada aos demais membros da coletividade. É, pois, caso de incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, e não do seu *caput*. Acerca da aplicação da responsabilidade objetiva nos casos de atividades laborativas que envolvem animais, apontam os seguintes julgados de outros Tribunais Regionais do Trabalho:

ACIDENTE DO TRABALHO. VAQUEIRO. MANEJO DE ANIMAIS. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). *Em virtude dos aspectos naturais decorrentes do manejo de animais, da ausência de controle da reatividade e da imprevisibilidade do comportamento a eles inerentes, o trabalho do vaqueiro pode ser reconhecido como de risco acentuado,*

o que autoriza a incidência da regra prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e, conseqüentemente, caracteriza a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados em virtude de acidente do trabalho. (TRT da 5ª Região, RO 0114700-46.2004.5.05.0531, 2ª Turma, Relator Des. Cláudio Brandão, DJ 02.10.2006)

ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR RURAL. MANEJO DE ANIMAL DE GRANDE PORTE. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. *Toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada “a grande vedete do direito civil” (JOSSE RAND, Louis. L’évolution de La responsabilité, in Évolutions et actualités (Conférences de droit civil). aris: Sirey, 1936, p. 29. In: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4), a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares. A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), “representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização”. O risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, “em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do ubi emolumentum, ibi ius (ou ibi onus), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11 e CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil. 1. ed., São Paulo: Bushatski, 1972, p. 36). O empregado vítima de acidente do trabalho no exercício de atividade de risco faz jus à reparação dos danos sofridos. (TRT da 3ª Região, RO 00554-2008-072-03-00-0 RO, 7ª Turma, Relatora Alice Monteiro de Barros, DEJT 22.06.2009)*

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. VAQUEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. *É objetiva a responsabilidade do empregador, em face dos riscos inerentes ao seu empreendimento, quando a vítima exerce atividades com uma maior potencialidade de riscos naturais, como é o exemplo do vaqueiro, que desenvolve o seu trabalho rodeado de riscos naturais, imprevisíveis, em razão do estreito contato com animais. Aplicação do parágrafo único, do art. 927, do Código Civil. (TRT da 5ª Região, RO 0043800-68.2007.5.05.0196, 2ª Turma, Relatora Desª Dalila Andrade, DJ 19.08.2008) – grifei*

Em decorrência, a responsabilidade civil que se estabelece é a objetiva, de modo que não se cogita verificar a presença ou não do elemento culpa,

bastando tão somente a existência de “*dano*” e “*nexo causal*” para a configuração do dever de indenizar, elementos esses já configurados. Ainda, por acréscimo, menciono a responsabilidade ora atribuída ao empregador também tem amparo no art. 936 do Código Civil, que dispõe que “*O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior*”.

De qualquer forma, ainda que por demasia, menciono que mesmo se cogitasse aplicável a responsabilidade civil subjetiva ao caso dos autos, a violação pelo empregador de norma de conduta que diz respeito à saúde, higiene e segurança, que se examinou para fins de verificação da alegação culpa exclusiva da vítima, bastaria para a configuração da culpa, na chamada “*culpa contra a legalidade*”.

Nego provimento ao recurso da reclamada.

II - RECURSO DAS PARTES. MATÉRIA COMUM DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A Julgadora da origem condenou o reclamado ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 6.000,00 - item “a” do dispositivo, fl. 147. Entendeu a magistrada que o dano moral decorre da dor pela qual passou a demandante e dos sofrimentos daí advindos, com prejuízos da harmonia psíquica e da vida social. Considerou que a tristeza e a dor ocasionadas pela lesão também são sentimentos que afetam a parte afetiva e exigem reparação por dano moral. Por fim, elucidou que a reclamante submeteu-se a procedimento cirúrgico e ainda sente dores decorrentes do acidente.

Irresignadas, ambas as partes recorrem.

O reclamado argumenta que em não sendo afastada a sua responsabilidade, devem ser observadas as considerações feitas a respeito da responsabilidade da reclamante pela ocorrência do fato, o que deve conduzir a uma significativa minoração da verba indenizatória. Diz que o valor deferido foge completamente dos parâmetros normalmente utilizados, na medida em que o laudo pericial não constatou a existência de qualquer dano ou incapacidade laborativa. Sustenta que em não havendo incapacidade laborativa, não há falar em sofrimento capaz de gerar o pagamento do valor deferido. Aduz que o fato de a reclamante ter se submetido a procedimento cirúrgico que a afastou da sua rotina por apenas um dia não ocasiona qualquer indício capaz de gerar a indenização. Invoca a aplicação do art. 945 do Código Civil e requer a redução substancial do valor deferido.

A reclamante, por sua vez, tece considerações sobre o dano moral, argumentando que o mesmo se caracteriza pela ofensa à personalidade de alguém e, por tratar-se de algo imaterial ou ideal, a sua comprovação não pode ser feita pelos mesmos meios utilizados para comprovação do dano material. Diz que não teria como demonstrar todas as mazelas decorrentes do fato ocorrido pelos meios probatórios tradicionais, pelo que deve ser reformada

a decisão da origem para majorar o valor fixado a título de dano moral. Transcreve trechos de julgados e pugna pela reforma da sentença.

Examino.

Inicialmente menciono que as alegações do reclamado no que tange ao afastamento da responsabilidade imputada, pela alegada culpa exclusiva da reclamante, já restaram examinadas e superadas em tópico precedente. Conforme também já examinado, a existência do dano moral é *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio fato que causa lesão ao trabalhador, diminuindo-lhe ou retirando-lhe a capacidade laborativa, ainda que temporariamente, atingindo sua integridade física e a sua honra, ambas expressões do valor “*vida*” e “*dignidade humana*”. Via de consequência, resta configurada a hipótese de dano moral ante o disposto no art. 5º, V e X, da CF, e art. 186 do CC (art. 159 do CC/1916), que deve ser reparado.

Nesse sentido, a seguinte decisão do TST:

(...) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. DOENÇA PROFISSIONAL. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROVA DO DANO. *Concebido o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade – estes entendidos como – categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas – (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 25) –, a sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensada a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana e constatar a extensão da lesão causada não pode obstaculizar a justa compensação. – O dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo – (DALLEGRAVE NETO, José Afonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho - 2ª ed - São Paulo, LTr, 2007, p. 154). Daí prescindir, o dano moral, da produção de prova, relevando destacar cabível a indenização não apenas nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito. Na espécie, conforme consignado no acórdão regional, restaram provados o dano e o nexo causal, decorrente, a enfermidade, do trabalho desenvolvido pela empregada em prol de sua empregadora, de modo que deve responder a reclamada pelo pagamento da indenização pelo dano moral sofrido, que resultou da incapacidade laborativa. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 400-21.2002.5.09.0017, 3ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 11.06.2010)*

No que diz respeito ao valor das indenização, primeiramente, há que se observar a sua dupla finalidade, ou seja: a função compensatória e a função pedagógico-punitiva, sem que isso signifique a adoção do instituto norteamericano do “*punitive damages*”. Presente tais aspectos, alguns critérios

devem ser definidos para a fixação do quantum indenizatório. Além disso, deverá se ter presente que a indenização não pode ser excessiva à parte que indeniza e ensejar uma fonte de enriquecimento indevido da vítima. Também não pode ser fixada em valores irrisórios e apenas simbólicos. A doutrina e a jurisprudência têm se louvado de alguns fatores que podem ser considerados no arbitramento da indenização do dano moral: a) o bem jurídico danificado e a extensão da repercussão do agravo na vida privada e social da vítima, isto é, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado, assim como a perda das chances da vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima; b) a intensidade do ânimo em ofender determinado pelo dolo ou culpa do ofensor; c) a condição econômica do responsável pela lesão; d) em determinadas casos, o nível econômico e a condição particular e social do ofendido. Por outro lado, um elemento importante a ser considerado é a equidade e, para tanto, invoca-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 953 do CC, que permite o juiz fazer justiça no caso concreto, inclusive corrigindo distorções, pela aplicação também analógica do parágrafo único do art. 944 do CC – “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”..

Há uma recente decisão do TST que merece ser referida, pela sua eloquência e pertinência:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PARÂMETROS RELEVANTES PARA AFERIÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SISTEMA ABERTO. DOSIMETRIA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO (...) 3.3. A dosimetria do -quantum- indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda. 3.4. Assim, à luz do sistema aberto, cabe ao julgador, atento aos parâmetros relevantes para aferição do valor da indenização por dano moral, fixar o -quantum- indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade, sob pena de afronta ao princípio da restauração justa e proporcional. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR-151900-42.2008.5.21.0001, 3ª Turma, Ministro Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 02.02.2011).

No caso dos autos, tendo-se presente que a finalidade da reparação do dano moral é o atendimento concomitante dos aspectos compensatório à vítima e punitivo-educativo ao ofensor, com o que, atentando-se para a lesão, sua extensão e suas especificidades, a vítima e suas condições pessoais e o ofensor, considero adequada e razoável a indenização fixada na origem em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Deve ser ponderado que do acidente não restaram sequelas no que tange à restrição para o exercício de atividades físicas ou mesmo dano estético, como ponderou o perito médico. De qualquer sorte, a reclamante referiu ao

perito que sente dores quando realiza esforços mais intensos e, embora seja a dor um fenômeno subjetivo, constitui fato que deve ser considerado.

Ainda, a lesão não importou em significativo período de afastamento do labor para restabelecimento, tanto que a reclamante asseverou em interrogatório à fl. 25 que, após ser atendida no hospital no dia do acidente, foi liberada no mesmo dia, após 3 horas. De outra parte, embora a reclamante tenha noticiado que após o procedimento cirúrgico ficou afastada do labor por tão somente um dia, o perito do juízo acrescentou que após esse retorno ao labor a reclamante permaneceu por cerca de 2 meses realizando atividades mais leves, só então sendo liberada para o exercício de qualquer atividade laboral (fl. 86).

Todas essas circunstâncias, por conseguinte, aliadas aos parâmetros adotados por esta Turma Julgadora para casos de lesões de semelhantes dimensões e consequências, importam na manutenção do montante deferido em sentença (R\$ 6.000,00).

Em conclusão, nego provimento a ambos os recursos.

III - RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. ITEM REMANESCENTE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A magistrada a quo indeferiu o pedido de honorários advocatícios, ao argumento de que a reclamante não preenche os requisitos do art. 14 da Lei nº 5.584/70, na medida em que não acostou aos autos a credencial sindical. Inconformada, a reclamante recorre.

Argumenta existem dois casos admitidos pelo TST para a condenação em honorários advocatícios: quando a parte está assistida pelo sindicato de sua categoria profissional e quando a parte não pode vir ao juízo sem prejuízo de sua manutenção própria e de sua família, o que é o seu caso.

Diz estar amparada pela legislação que trata da assistência judiciária, qual seja, a Lei nº 1.060/50, asseverando que aquele que é beneficiário da gratuidade judiciária está contemplado nos casos em que se permite o deferimento de honorários advocatícios. Tece considerações acerca da conclusão da perícia médica, asseverando que a doença que a acomete tem origem ocupacional, pois na função de caixa operadora realizava movimentos repetitivos e sem pausas. Por esses fundamentos, pretende a reforma da decisão recorrida.

Examino.

Inicialmente, não se pode deixar de sinalar serem totalmente despropositadas as alegações recursais tecidas pela reclamante em relação ao fato de ela ser portadora de doença ocupacional, que teria sido adquirida pelo exercício de atividades laborativas na função de operadora de caixa junto ao supermercado demandado. Ora, o caso dos autos versa sobre a ocorrência de acidente do trabalho típico, ocorrido no exercício das funções de auxiliar de serviços gerais junto à propriedade rural do demandado, sendo, portanto, de todo impertinentes as alegações recursais trazidas pela reclamante à fl. 171.

Feito tal registro, elucidado que segundo o artigo 14 da Lei nº 5.584/70 na Justiça do Trabalho a assistência jurídica a que se refere a Lei 1.060/50 será prestada pelo sindicato da categoria profissional do trabalhador àquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou, aos de maior salário, desde que provado que sua situação econômica não lhes permita demandar sem prejuízo de seu sustento ou da família.

No caso, não faz jus a reclamante ao benefício em questão, porquanto não se encontra assistida por advogado credenciado junto ao sindicato representativo de sua categoria profissional. A declaração de hipossuficiência econômica (fl. 13) autoriza somente a concessão da justiça gratuita, na forma do disposto no artigo 790, § 3º, da CLT, já deferida na origem. São indevidos, entretanto, honorários assistenciais ou advocatícios, que não decorrem da sucumbência, sendo que tal sistemática não foi afastada pelo art. 133 da CF, consoante inclusive orientam as Súmulas nº 219 e 329 do TST.

De registrar, a propósito, que o advento da EC nº 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, admite o princípio da sucumbência somente para as novas ações que não as que decorrem da relação de emprego (art. 5º da IN 27 do TST).

Nego provimento.

*msp

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR HUGO CARLOS SCHEUERMANN (RELATOR)

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN

JUIZ CONVOCADO LENIR HEINEN

PROCESSO: 0001738-97.2010.5.01.0461 - RTOrd

Acórdão

4ª Turma - TRT 1ª Região

RECURSO ORDINÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. Estando presente o dano e o nexa causal, face à responsabilidade civil objetiva, há obrigação da Reclamada de reparar danos decorrentes do acidente de trabalho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº 0001738-97.2010.5.01.0461 em que são partes: **FLAPA MINERAÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA.**, como Recorrente, e **MAURÍCIO SILVANO**, como Recorrido.

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamada contra a sentença de fls. 83/88, confirmada pela decisão de embargos de declaração

de fls. 99/100, proferida pela MM. Juiz EDSON DIAS SOUZA, da 1ª Vara do Trabalho de Itaguaí que julgou procedente o pedido. A parte recorrente pretende a reforma do julgado, mediante os fundamentos articulados às fls.107/117.

Contrarrazões, às fls. 127/133, defendendo a manutenção do julgado.

Os autos não foram remetidos à douta Procuradoria do Trabalho, por não ser hipótese de intervenção legal (Lei Complementar nº 75/1993) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº 27/08-GAB, de 15.01.2008.

É o relatório.

CONHECIMENTO

Conheço.

O recurso é tempestivo – parte ciente da decisão de embargos de declaração em 07.04.2011, quarta-feira (fl. 100 vº), e interposição em 15.04.2011, sexta-feira (fl. 107). Está subscrito por advogado regularmente constituído (procuração de fl. 77). Custas e depósito recursal regularmente recolhidos (fls. 119/120).

MÉRITO DA INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO

O autor foi admitido pela ré em 21.03.2005, para exercer as funções de soldador.

Verifica-se nos autos que o reclamante foi encaminhada ao órgão previdenciário, através de Comunicação e Acidente de Trabalho (CAT) em 10.05.2006 (fl. 11), contendo como situação geradora do acidente, a seguinte observação: “Estava fazendo manutenção em um equipamento, quando o cabo arrebentou e atingiu a mão do funcionário em questão.”

Em defesa, fls. 42/63, a ré sustenta que o acidente ocorreu quando o autor imprudentemente operava uma das máquinas de britagem, não observando as normas do manuseio dando ensejo ao acidente. Assevera que no local de trabalho existem fichas de segurança que esclarecem aos funcionários como proceder em locais onde funcionam as máquinas, devido a preocupação com o evento ocorrido, o qual se deu por culpa exclusiva do autor.

Acresce que o autor não ficou com qualquer sequela, tendo em vista que após o período de afastamento retornou as suas atividades de soldador de britagem.

O Juízo de origem deferiu a indenização ao fundamento de que:

“...não há relato de má operação do equipamento, mas sim, de falha do material que arrebentou. Ademais, cabia à reclamada ter demonstrado o fato impeditivo por ela aventado o que não ocorreu. Saliente-se que nenhuma prova foi produzida a respeito da responsabilidade exclusiva do autor no evento danoso. (...) cabe registrar que a ré já é naturalmente responsável pelo acidente ocorrido, visto que sua atividade econômica, embora lícita, implica em potencial risco para seus empregados, consoante disposição contida no § único do artigo 927 do Código Civil.” (fl. 86).

Passo à análise.

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou ainda pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho, permanente ou temporária. Consideram-se também acidente do trabalho a doença profissional (produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho) e a doença do trabalho (adquirida ou desencadeada em função das condições especiais de trabalho).

Dano moral é aquele que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, caracterizando-se, na relação de emprego, por abusos cometidos por empregado ou empregador com repercussão na vida privada, na intimidade, na honra ou na imagem do ofendido, provocando dor, vergonha ou sofrimento, como consequência direta, na hipótese de dano moral sofrido pelo empregado, do comportamento patronal.

A responsabilidade por dano decorrente de acidente de trabalho, seja material ou moral, exige a demonstração da presença de culpa do empregador. Nesse sentido o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, regula expressamente a matéria, nos seguintes termos:

“XXVIII - seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

Contudo, esta não é a única hipótese de responsabilização civil. Em conformidade com o que dispõe o art. 927, do atual Código Civil, há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, *in verbis*:

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

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

Em consequência, estando presente o dano e o nexo causal, face à responsabilidade civil objetiva, há obrigação da Reclamada de reparar danos decorrentes do acidente de trabalho.

Consigne-se que à Reclamada, pessoa jurídica, não seria lícito pretender se exonerar da responsabilidade, atribuindo-a a um preposto ou empregado, face ao que dispõe o art. 932, inciso III, do Código Civil.

Em tese, seria admissível eventual comprovação de exoneração da culpa pela Ré, pela atribuição e comprovação de culpa exclusiva da vítima,

de caso fortuito, de força maior ou fato de terceiro, contudo, nenhuma das excludentes, no caso concreto, foi comprovada.

Assim, também pela responsabilidade civil subjetiva, com culpa presumida, estando presente o dano e o nexu causal, há obrigação da Reclamada de reparar danos decorrentes do acidente de trabalho.

A Ré, titular do poder diretivo, cabe fiscalizar e dirigir as atividades desenvolvidas pelos empregados, dando-lhe ordens quanto à forma e ao tempo da execução, inclusive aquelas concernentes a prevenção de acidentes.

A indenização por dano moral tornou-se incontroversa a partir da vigência da Constituição da República (art. 5º, inciso X), tendo acessoriamente, um caráter pedagógico para que o fato não se repita na empresa.

Quanto ao valor, a fixação a este título é questão tormentosa na doutrina e na jurisprudência uma vez que se trata de arbitrar, mais que uma parcela trabalhista, dívida de dinheiro, uma dívida de valor.

O Juízo de 1º grau, arbitrou o *quantum* em R\$ 8.056,40, equivalente a 05 vezes o valor da remuneração constante do TRCT, atualizável a partir da data de propositura da ação, com fundamento no caráter pedagógico com o escopo de inibir a repetição da conduta lesiva, assim como a situação econômica das partes.

Por todo o exposto, correta a sentença.

Nego provimento.

MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT

Examinando os autos (fl. 07), verifica-se que o afastamento da reclamante ocorreu em 11.08.2009 e a homologação do TRCT ocorreu em 25.08.2009. Na defesa, a ré menciona depósito bancário no valor das verbas rescisórias, no prazo legal, no entanto não comprova nos autos.

Como bem destacado na r. sentença, o ato da homologação da dispensa, como previsto pelo legislador reveste-se de complexidade, não se resumindo somente na obrigação de pagar, pois restam ainda obrigações de fazer, tais como entrega das guias do seguro desemprego, guias do FGTS, baixa na CTPS, etc...

O depósito unilateral em conta-corrente, com ou sem comunicação, de valor complessivo, subtrai a oportunidade de verificação tanto pelo empregado quanto pelo agente homologador, independentemente de tal valor, a posteriori, se revelar eventualmente correto.

Correta a sentença.

Nego provimento.

DA MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS

A Reclamada, nas razões recursais, insurge-se quanto a decisão *a quo*, em sede de embargos de declaração, fl. 100, sustentando ser incabível a multa por embargos protelatórios, vez que ao lançar mão dessa via processual,

estava exercendo seu amplo direito de defesa e objetivou, tão-somente, dirimir omissões e prequestionar a matéria.

Indica violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC:

“quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

O Juízo ao proferir decisão nos declaratórios, condenou a embargante, ora recorrente, a indenizar o embargado, em quantia equivalente a 10%, bem como, ao pagamento de multa de 1% por litigância de má-fé, calculadas sob o valor da causa na inicial.

A análise dos autos permite verificar que o reclamado, na peça de embargos pretende, na verdade, a reforma da sentença, uma vez que esta não se apresenta omissa ou obscura.

A conduta da ré, como bem observado pelo Juízo, configura a prática de ato protelatório e deve ser repudiada pelo Poder Judiciário.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra. ACORDAM os Desembargadores da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar provimento, nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Juiz Relator.

Ausentes os advogados das partes.

Rio de Janeiro, 24 de Janeiro de 2012.

Juiz do Trabalho Convocado Alvaro Luiz Carvalho Moreira

Relator

PROCESSO: 000127679.2010.5.01.0061 – RTOrd

Acórdão – 2ª Turma TRT 1ª Região.

ACIDENTE DO TRABALHO. EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A responsabilidade das empresas de trabalho temporário, em razão de acidente do trabalho sofrido pelo trabalhador por elas selecionado, é de natureza

objetiva, por força da sua atuação como empresa intermediadora de mão-de-obra – teoria do risco criado. Sentença que se mantém.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, sendo Recorrente **ASCESE – ASSESSORIA CONSULTIVA ESPECIALIZADA LTDA** e Recorrido **CARLOS ALBERTO ALVES MARTINS**.

A ré recorre ordinariamente, inconformada com a r. sentença de fls. 98-102, da 61ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, proferida pela MM. Juíza Cléa Maria Carvalho do Couto, que julgou procedente em parte o pedido.

Embargos declaratórios acolhidos parcialmente, nos termos da decisão de fl. 112/113.

A recorrente pretende, em síntese, às fls. 119-128, a reforma da r. sentença em relação ao deferimento da indenização por danos morais, decorrentes do acidente do trabalho sofrido pelo autor, fixada em R\$ 10.000,00. Alega não ter havido incapacidade permanente para o trabalho e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do trabalhador. Sucessivamente, aduz que eventual responsabilização deveria ser imputada à empresa tomadora dos serviços, a quem competia o fornecimento dos EPI's e a fiscalização do trabalho. Reporta-se à cláusula 8ª do contrato de locação de mão-de-obra.

Representação processual regular, conforme instrumento de mandato de fl. 36.

Custas processuais e depósito recursal recolhidos e comprovados às fls. 127/128.

Contrarrazões às fls. 133-135.

Dispensável a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por força do inciso II, do artigo 85 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos.

MÉRITO

A ré pretende a reforma da r. sentença em relação ao deferimento da indenização por danos morais, decorrentes do acidente do trabalho sofrido pelo autor, fixada em R\$ 10.000,00. Alega não ter havido incapacidade permanente para o trabalho e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do trabalhador. Invoca, ainda, sua condição de empresa de trabalho temporário, razão pela qual eventual responsabilização deveria ser imputada à empresa tomadora dos serviços, a quem competia o fornecimento dos EPI's e a fiscalização do trabalho. Reportase à cláusula 8ª do contrato de locação de mão-de-obra.

O acidente do trabalho é incontroverso nos autos, além de comprovado pela prova documental que acompanha a inicial e que revela a amputação de parte do dedo indicador esquerdo, em razão da manipulação inadequada da máquina em que trabalhava o obreiro (fls. 14-24).

O dano estético é, portanto, inafastável, e dele decorre o dano moral veiculado na inicial. Eventual culpa concorrente por parte do trabalhador não exclui a responsabilidade patronal, como bem ressaltado pelo Juízo de 1º grau. Ademais, a declaração prestada pelo autor (fl. 89) não conduz ao reconhecimento da excludente do nexo de causalidade, visto que a ré, empresa de trabalho temporário, sequer comprova a experiência profissional ou o treinamento adequado do trabalhador para o exercício da função para a qual fora, por ela, selecionado – encargo que lhe incumbia ante os termos das próprias razões recursais. Sobreleva à análise o acidente ter ocorrido quase 20 dias após a contratação do autor como trabalhador temporário.

Corroboro, portanto, o entendimento exposto na r. sentença de que a responsabilidade da recorrente é de natureza objetiva, por força da sua atuação como empresa intermediadora de mão-de-obra – teoria do risco criado. Esta, aliás, a razão pela qual a Lei 6.019/74, bem como seu decreto regulamentador, imputam às empresas de trabalho temporário a obrigatoriedade de recolhimento das contribuições previdenciárias a título de seguro por acidente do trabalho (respectivamente, § 2º do art. 12 e arts. 32 e 33).

Impõe-se, ainda, registrar a inovação à lide acerca da existência de cláusula contratual entre as empresas, excludente de responsabilização da recorrente por acidente do trabalho. A despeito da sua ineficácia perante o trabalhador, tal questão sequer restou ventilada na peça de defesa; tampouco veio aos autos o contrato de locação de mão-de-obra.

É certo, contudo, que a existência do ajuste noticiado autoriza pretensão ressarcitória, a ser exercida pela recorrente em face da tomadora.

Resta, por fim, analisar o valor fixado pelo Juízo para a reparação pretendida pelo autor – R\$ 10.000,00 (fl. 101).

A quantificação do valor que pretende compensar a dor da pessoa atingida em um seu direito personalíssimo, requer por parte do julgador grande bom senso.

A *pecunia doloris* tem caráter exemplar e expiatório, segundo a lição de RIPERT, devendo o magistrado observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que, a despeito da certeza de que a dor moral jamais poderá ser ressarcida convenientemente por bens materiais, sua fixação não se torne tão elevada que a converta em fonte de Enriquecimento, nem tão pequena que a torne inexpressiva.

Para fixar a extensão do dano deve-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima, em valor razoável, o suficiente para que se reprima a atitude lesiva, sem que se trate de valor inócuo ou que propicie o enriquecimento sem causa.

No caso em análise, impõe-se considerar o atingimento da integridade física do trabalhador, culminando na perda parcial do membro superior, aos 39 anos de idade, o que, certamente, diminui sua capacidade laborativa para o exercício de funções específicas, caracterizando a culpa grave do empregador.

Isto posto, considerando o caráter pedagógico da medida, bem como a condição econômica do ofensor (fl. 39), além dos princípios da razoabilidade e do não enriquecimento sem causa, entendo adequado o valor arbitrado pelo Juízo de 1º grau, como forma de compensar a dor moral e compelir o empregador à adequação da sua conduta, visando a não repetição de eventos da mesma natureza.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso da ré, e, no mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO, na forma da fundamentação.

Para os efeitos da I.N. nº 3 do C. TST, mantenho o valor da condenação fixado na r. sentença.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, conhecer do recurso da ré, e, no mérito, negar-lhe provimento, na forma da fundamentação do voto da Relatora. Para os efeitos da I.N. nº 3 do C. TST, mantém-se o valor da condenação fixado na r. sentença.

MARIA APARECIDA C. MAGALHÃES

Desembargadora Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

01802-2010-042-03-00-2-RO

RECORRENTE: (1) LUCIANA FREIRE MARIZ

RECORRIDO: (1) AUTO POSTO CARANGOLA LTDA.

EMENTA: POSTO DE COMBUSTÍVEL. FRENTISTA-CAIXA. ASSALTOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS

- A atividade de frentista-caixa de posto de combustível é de risco, sendo a responsabilidade da empresa objetiva. Em resumo, a trabalhadora não teria ficado sob a mira de revólveres de assaltantes, se não trabalhasse em atividade de risco imposta pelo empregador, que deve responder, portanto, objetivamente. Ainda que a responsabilidade fosse aquiliana, não há nos autos elementos a demonstrar que a empresa tomou todas as precauções para evitar o dano. Pelo contrário, deflui dos autos que a reclamante trabalhava

em área aberta em posto de combustíveis, onde os assaltos a mão armada não são incomuns, conforme é notório. Logo, satisfeitos os pressupostos exigidos pelos arts. 186 e 927 do Código Civil/2002, o deferimento dos pleitos indenizatórios é mero consectário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 2ª Vara do Trabalho de Uberaba, proferiu-se o seguinte acórdão:

1. RELATÓRIO

Inconformada com a sentença de f. 336/seguintes, da lavra do Exmo. Juiz Osmar Pedroso, a reclamante interpôs recurso ordinário (f. 349/seguintes), versando sobre doença ocupacional e indenizações por danos materiais e morais.

Contrarrazões às f. 358/seguintes.

Procurações às f. 24 e 104.

É o relatório.

2. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes e regulares todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

3. JUÍZO DE MÉRITO

3.1. Doença ocupacional

Persevera a autora no intento de se ver indenizada por danos materiais e morais em face, segundo a peça vestibular, de ter sofrido assédio moral e dois assaltos no posto reclamado, inclusive agressão física dos bandidos e maus tratos do proprietário do réu (Sr. Jarbas Ribeiro).

O laudo pericial de f. 289/seguintes, elaborado pelo Sr. Paulo Roberto Pinheiro Borges, perito médico oficial, com os esclarecimentos de f. 316/seguintes, apontou, em síntese:

– A reclamante laborava como frentista-caixa e se encontra afastada do trabalho desde 14-setembro-2009 (f. 292).

– Impressão diagnóstica pericial: “CID 10 – F 43.1 – Estado de ‘Stress’ pós-traumático” (item 11 – f. 297) – destaques do Relator.

– “Considerando que o exame clínico realizado na Reclamante é compatível com o quadro clínico descrito acima, isto é, é portadora de doença especificada e considerando os documentos médicos apensados ao processo relatando que a Reclamante atuou nesta situações no período em que trabalhou na reclamada, ou seja, temos a concluir que existem elementos técnicos de convicção para caracterização de doença de origem ocupacional” – f. 299 (original sem destaques).

– A reclamante se encontra com incapacidade **temporária** desde 14-setembro-2009 (item 13 - f. 300) e, no momento, não tem condições laborativas (quesito 3 – f. 304).

No depoimento pessoal (f. 324), a reclamante declarou: “o Sr. Jarbas costumava gritar e chamar os funcionários de burros quando faziam alguma coisa errada; tinha um bom relacionamento da esposa do Sr. Jarbas; após o último assalto ocorrido no posto a esposa do Sr. Jarbas não conversou mais com a reclamante; a depoente está afastada do trabalho por atestado médico desde 15 dias após o assalto, desde 14/09/2009”.

O sócio do reclamado asseriu (f. 324/325): “nunca tratou a reclamante de forma agressiva ou desrespeitosa.”

A testemunha Michele Silva, apresentada pela autora, afirmou (f. 325): “trabalhou no posto reclamado de 18.08.2008 a 06.02.2010, na função de frentista; ... ocorreram dois assaltos no horário de trabalho da depoente, mas não se lembra os valores subtraídos; ... a Luciana estava alterada psicologicamente e está afastada desde 2009, mas não se lembra o mês; ... a sra Bernadete, esposa do Sr. Jarbas, avisou para os empregados do posto para evitarem conversar com a reclamante durante o horário de trabalho; ... nunca presenciou qualquer tratamento desrespeitoso do Sr. Jarbas em relação à reclamante; ... o assalto ocorreu em 31.10.2009; ocorreu outro assalto mas não se lembra a data; ... a sra. Bernadete já falou para os funcionários não conversarem com a reclamante chamando-a de ‘essa daí’ (destaques do Relator).

O depoente Francisneton Santos, inquirido a rogo do reclamado, asseverou (f. 325): “trabalha no reclamado há 03 anos, desde dezembro de 2008, na função de lavador ...; ... nunca presenciou o Sr. Jarbas tratando a reclamante de forma agressiva ou desrespeitosa; não sabe informar se houve mudança de tratamento do Sr. Jarbas e a esposa dele em relação à reclamante após o 2º assalto no posto; não sabe informar se o reclamado tentou descontar da reclamante valores subtraídos do assalto; ... presença a reclamante circulando diariamente a área do posto, inclusive a conveniência” (destaques adicionados).

Diante do conjunto probatório, restou demonstrada a inexistência de tratamento desrespeitoso por parte do Sr. Jarbas, sócio do posto reclamado, não tendo ficado claro se a recomendação da mulher do mencionado sócio, de que os colegas evitassem conversar com a autora, era por algum tipo de isolamento ou se para evitar tirar a atenção dela.

Resta, então, analisar se os dois assaltos sofridos pelo posto têm o condão de caracterizar a culpa patronal, já que presentes os outros dois requisitos para as indenizações: dano e nexa causal, tendo este sido apontado como existente pelo louvado e reconhecido pelo INSS (f. 30).

O boletim de ocorrência policial de f. 32/seguintes consigna que, em 23-fevereiro-2009, houve um “roubo consumado à mão armada” no posto de combustível reclamado, tendo a reclamante declarado, no histórico da ocorrência, que sofreu uma “gravata” do meliante e teve a arma de fogo encostada em seu peito.

Um segundo boletim de ocorrência policial veio aos autos às f. 34/seguintes, com cópia às f. 114/seguintes, dando notícia de novo roubo no posto reclamado em 30-agosto-2009. O relato da reclamante, no caso, é que o assaltante colocou a arma de fogo em sua cabeça.

Embora não haja registro de lesões físicas, a ocorrência dos fatos se tornou incontroversa, não apenas pelos boletins de ocorrência, mas pelo que deflui da prova oral e da defesa (f. 83/seguintes).

A atividade da autora, como demonstram os elementos dos autos, era de risco, sendo a responsabilidade da empresa objetiva, portanto. Em resumo, a reclamante não teria ficado sob a mira de revólveres de assaltantes, se não trabalhasse em atividade de risco imposta pelo empregador, que deve responder, portanto, objetivamente. Ainda que a responsabilidade fosse aquiliana, não há nos autos elementos a demonstrar que a empresa tomou todas as precauções para evitar o dano. Pelo contrário, deflui dos autos que a reclamante trabalhava em área aberta em posto de combustíveis, onde os assaltos a mão armada não são incomuns, conforme é notório.

Logo, satisfeitos os pressupostos exigidos pelos arts. 186 e 927 do Código Civil/2002, passo à análise das indenizações.

3.2. “Plano médico e subsídio de medicamentos não pagos durante a vigência do contrato de trabalho” – pedido nº 1 – f. 18

A reclamante não produziu prova de ter tido os mencionados gastos.

Desprovejo.

3.3. “Despesas médicas e medicamentos que existirão” – pedido nº 3 – f. 19

Poderá haver necessidade de a autora se submeter a tratamento médico e usar medicamentos, devendo a reclamada proceder ao pagamento de tais despesas, comprovadas nos autos, em eventual liquidação por Artigos, em razão da doença ocupacional, até a efetiva cura da reclamante, ou sua aposentadoria por idade.

Considero cabível estabelecer que a solução, quanto ao custo de tais despesas, seja encontrada por comum acordo das partes litigantes, pois é notório que variam (e, às vezes, muito) os valores de honorários médicos e de remédios, considerando, inclusive, hoje, a existência dos medicamentos genéricos.

Em caso de impasse entre os demandistas quanto às despesas médicas e medicamentos, a solução deverá ser arbitrada pelo Juízo da execução, mediante apresentação pelas partes dos respectivos orçamentos.

Logo, o provimento que concedo é parcial e para: deferir o pagamento das despesas médicas e medicamentos, estabelecendo que a solução, quanto ao seu custo, deve ser encontrada por comum acordo das partes litigantes.

Em caso de impasse entre os demandistas quanto ao profissional responsável pelo tratamento, assim como acerca dos gastos, a solução deverá ser arbitrada pelo Juízo da execução, mediante apresentação pelas partes dos respectivos orçamentos.

Se ocorrer substantiva alteração do estado de fato, qualquer das partes poderá pedir revisão do que foi estatuído nesta decisão com base no art. 471 do CPC.

3.4. Danos morais

Quanto aos danos morais, são eles ínsitos à própria doença, sendo indubitáveis os reflexos sofridos pela trabalhadora em decorrência da doença.

É desnecessário comprovar o que ordinariamente acontece e o que decorre da natureza humana. Demonstrado o ato ilícito, o dano moral se presume, pois está implícito na ilicitude do ato praticado. Mesmo nos casos em que a vítima suporta bem a ilicitude, permanece a necessidade da condenação, porquanto a indenização por danos morais tem também o objetivo pedagógico de intimidar o infrator na prática reiterada da conduta ilícita.

Deve-se salientar que, para o deferimento do pedido de indenização por danos morais, não é essencial a prova da repercussão do fato na órbita subjetiva da autora. Por se tratar de fenômenos ínsitos da alma humana, que decorrem naturalmente das agressões do meio social, a dor, o constrangimento, o medo e a aflição dispensam comprovação, sendo suficiente a prova do ato ilícito e do nexo de causalidade deste com o dano.

A fixação da indenização por danos morais deve atentar para a natureza do dano, a culpabilidade, o caráter pedagógico da medida e para o equilíbrio entre a vedação do enriquecimento sem causa e a capacidade econômica do causador do dano.

Nesse rumo, condeno o reclamado ao pagamento de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais.

3.5. Pensionamento

A reclamante se encontra, segundo o experto, embora temporariamente, “sem condições laborativas” (esclarecimento nº 3 – f. 317/318). Houve dano material, pois ao se ver incapacitada, a autora ficou alijada do mercado de trabalho, no qual poderia aspirar e eventualmente obter melhorias salariais ainda que em outro emprego.

Quanto ao marco final da pensão, em caso de não cessar a incapacidade, meu entendimento é de que a pensão mensal deveria ser deferida vitaliciamente. Porém, a autora limitou o pedido até os 75 anos de idade.

Sobre a forma de pagamento da pensão (se mensal ou de uma única vez), observo o seguinte:

Anteriormente à edição do novo Código Civil, o pagamento a título de indenização por dano material relativo a lucros cessantes era feito em parcelas,

com o propósito de substituir o rendimento mensal da vítima pela pensão do valor equivalente.

O novo diploma, entretanto, embora tenha mantido essa mesma disposição no art. 950, acrescentou-lhe o parágrafo único, abrindo a possibilidade de pagamento antecipado da indenização, de uma só vez.

Não foi estabelecido, porém, um critério explícito para o arbitramento do valor indenizatório, o que se constitui em tormentosa questão para o Julgador, como a seguir se analisa.

Em sua plena capacidade laboral, a reclamante auferia mensalmente R\$ 492,00 (f. 150 e 151). Como está incapacitada, mesmo que temporariamente segundo o perito oficial, a perda até o momento é de 100%. Ao reclamado cabe responder, então, por tal perda durante o tempo seguinte ao afastamento da reclamante, até que esta complete 75 anos de idade (limite do pedido) ou até quando recuperar a capacidade, se isso ocorrer antes. Na data do afastamento pelo INSS (29.09.2009 – f. 30), a reclamante tinha aproximadamente 33 anos de idade, já que nasceu no ano de 1976 (f. 29).

A pretensão, na verdade, foi formulada para pagamento da pensão de uma só vez.

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil de 2002 introduziu importante modificação normativa, quando estabeleceu: “*O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*”

Esse dispositivo rompeu longa tradição, que determinava o pagamento parcelado com o propósito de substituir o rendimento mensal da vítima pela pensão do valor equivalente, garantindo-se o cumprimento da obrigação pela constituição de capital, de acordo com o previsto no art. 475-Q do CPC. Em conferência proferida no ano de 1985, a respeito do Projeto de Lei que resultou no Código Civil atual, o mestre *Aguiar Dias* posicionou-se contrário à inovação:

“Autoriza-se o prejudicado a exigir a avaliação e o pagamento da reparação de uma só vez, o que nos parece inconveniente. A orientação atualmente seguida, no sentido de parcelamento da indenização, atende a interesse do credor e do devedor e, ainda, a um interesse social, o da prevenção da dilapidação da reparação global. O Projeto TUNC, de seguro dos acidentes de trabalho na França, contempla a modalidade do pensionamento, em vez da entrega da quantia integral” (Da responsabilidade civil, v. 1, 1995, p. 39) – destaques do Relator.

Com pensamento semelhante, o civilista *Rui Stoco* demonstra perplexidade diante dessa alteração. Em longo arrazoado aponta, em síntese, as seguintes objeções: o abalo financeiro ou mesmo a insolvência que pode sofrer o réu, pelo desembolso de uma só vez de um pensionamento que seria devido por décadas; a possibilidade de o acidentado inválido dissipar em pouco tempo o montante da indenização recebida com bens supérfluos ou em outras

despesas aleatórias; o incentivo à transação de um direito de natureza alimentar, praticamente transformando-o em reparação por danos morais; a possibilidade de serem deferidas reparações com valores reduzidos, pois não foi indicado um critério para o juiz “arbitrar” a indenização; há um conflito entre esse dispositivo e o art. 475-Q do CPC, que trata de garantia do pensionamento mensal (Tratado de responsabilidade civil, 2007, p. 1.327-1.329).

Aliás, *Arnaldo Rizzardo* defende que a opção pelo pagamento de uma só vez abrange tão somente as despesas de tratamento e lucros cessantes, argumentando que se a pensão tem sua causa na incapacitação para o trabalho ou sua depreciação, importando em pagamento que se vai prolongando no tempo, não cabe a pretensão de pagamento imediato, envolvendo as prestações futuras. Assevera que as pensões que se protraem no futuro somente oportunizam a sua postulação na medida em que vencerem, do contrário, não viria consignada a satisfação por meio de pensão, cujo termo expressa o valor de uma renda que se paga periodicamente (Responsabilidade civil, 2005, p. 236).

Não se deve perder de vista que a finalidade essencial do pensionamento é garantir para a vítima o mesmo nível de rendimentos percebidos até então e não lhe conceder um capital para produzir rendas futuras.

Com efeito, se em poucos anos o acidentado consumir o valor recebido acumuladamente, passará o restante da vida em arrependimento tardio, porém ineficaz.

Por tudo que foi exposto, diante da análise de cada caso, pode o juiz indeferir a pretensão de pagamento único, com apoio no parágrafo único do art. 950 do Código Civil, sempre que tiver fundamentos ponderáveis para demonstrar a sua inconveniência ou inviabilidade. Em muitas ocasiões, considerando o valor maior da segurança jurídica e as circunstâncias dos autos, o mais prudente será deferir o pensionamento na forma tradicional, com a devida garantia do pagamento mensal na forma prevista no art. 475-Q do CPC.

No caso em tela, considerando que o perito oficial afirmou ser **temporária** a incapacidade da reclamante, o deferimento da pensão deve ser no modo tradicional (mensal), pois não há como dimensionar o valor único.

A incapacidade sofrida pela autora, como dito, é temporária. Nessa etapa, até a alta previdenciária, a reclamante deve ser indenizada também pelos lucros cessantes, que, no caso, representam o valor da remuneração que recebia, desde o 16º dia do afastamento até o dia da alta médica, que permita o retorno normal ao trabalho.

Só deve ser computado no cálculo dos lucros cessantes o valor equivalente à remuneração do acidentado a partir do 16º dia de afastamento, visto que o empregador já tem obrigação de continuar pagando normalmente os salários dos primeiros 15 dias, conforme estabelece a Lei nº 8.213/91.

O deferimento da pensão mensal vitalícia institui entre o acidentado e o devedor da indenização uma relação jurídica de natureza continuativa.

No entanto, o julgador toma como base, para fundamentar sua decisão, um determinado quadro fático, captado durante a instrução processual, até porque não lhe cabe proferir sentença condicional disciplinando os efeitos jurídicos de mudanças que podem vir a acontecer, ou não, na fluência do pensionamento (art. 460 do CPC).

Com o passar do tempo, a extensão do dano, considerada para arbitrar o pensionamento, pode sofrer alteração, em benefício ou em prejuízo da vítima, criando um descompasso entre o valor da pensão mensal e o grau da sua incapacidade laborativa. Em razão dessa mudança superveniente, o valor fixado na sentença poderá não mais representar a reparação adequada do dano, tornando a prestação mensal injusta para uma das partes.

Diante dessa realidade da vida, que não pode ser ignorada, é imperioso concluir que eventuais alterações ocorridas com a vítima, enquanto perdurar essa relação jurídica continuativa, devem repercutir no direito ao pensionamento, em face da mudança do “estado de fato” que o juiz levou em consideração no momento de proferir o julgamento. Nessa relação jurídica estatuída, de alguma forma, está presente ou implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo que a decisão primitiva sofra uma adaptação, por meio de nova decisão judicial para garantir continuamente a manutenção da justa reparação do dano. Consoante o ensinamento de *Liebman* (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 25), “de certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença.”

Com isso, qualquer das partes, se perceber alteração no estado de fato, poderá requerer a realização de novo laudo pericial para adaptar a pensão à realidade nova que se estampar (art. 471 do CPC).

Logo, provejo parcialmente o recurso da reclamante, neste particular, para deferir o pagamento da pensão mensal, no importe do salário integral do mês do afastamento do trabalho (R\$ 492,00), a partir do 16º dia do afastamento do reclamante.

O réu deve constituir capital para garantir o pagamento da renda mensal (art. 475-Q do CPC). Como a reclamante recebia salário um pouco superior ao mínimo, a pensão deve ser corrigida pelos mesmos reajustes concedidos aos demais empregados.

3.6. Parcelas deferidas nesta instância

Diante do preconizado pelo art. 832, § 3º, da CLT, declaro que a indenização por danos morais e a pensão mensal não possuem natureza salarial.

3.7. Correção monetária

Indenização por danos morais

O termo inicial de incidência da correção monetária sobre o valor da indenização por danos morais é o de proferimento da decisão judicial que o quantifica (no caso, o presente acórdão), a teor do Enunciado nº 52 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Pensão mensal.

Quanto às parcelas VENCIDAS antes do ajuizamento desta reclamatória, a correção monetária incide desde o vencimento de cada parcela mensal, separadamente.

Acerca das parcelas VENCIDAS após o ajuizamento, correção monetária incide desde o vencimento de cada parcela mensal, separadamente.

Sobre as parcelas VINCENDAS, a correção monetária só incide se forem pagas com atraso, sendo cabível após o vencimento.

3.8. Juros de mora

Indenização por danos morais

Incidem desde a data do ajuizamento desta reclamatória.

Pensão mensal

Com relação às parcelas VENCIDAS da pensão mensal antes do ajuizamento desta ação, os juros de mora só incidem a partir da data do ajuizamento.

No que concerne às parcelas VENCIDAS depois do ajuizamento, os juros moratórios incidem desde o vencimento de cada parcela mensal, separadamente.

Quanto às parcelas VINCENDAS, os juros de mora só incidem se forem pagas com atraso, sendo cabíveis após o vencimento.

3.9. Tributos federais

Quanto ao imposto de renda, o artigo 6º da Lei nº 7.713/88 determina a isenção das indenizações por acidente de trabalho. Por sua vez, estabelece o Regulamento da Previdência Social que não integram o salário contribuição as importâncias recebidas pelo empregado a título de indenização, desde que expressamente previstas em lei (Dec. nº 3.048/99, art. 214, par. 9º, V, alínea “m”).

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por sua Segunda Turma, unanimemente, conheceu do recurso; por maioria de votos, vencido, em parte, o Exmo. Desembargador Jales Valadão Cardoso, deu-lhe provimento parcial para condenar o reclamado a pagar à reclamante: I) as despesas médicas e com medicamentos relativas a futuros tratamentos, estabelecendo que a solução, quanto ao seu custo, deve ser encontrada por comum acordo das partes litigantes; em caso de impasse entre os demandistas quanto ao profissional responsável pelo tratamento, assim como acerca dos gastos, a solução deverá ser arbitrada pelo Juízo da execução, mediante apresentação

pelas partes dos respectivos orçamentos; se ocorrer substantiva alteração do estado de fato, qualquer das partes poderá pedir revisão do que foi estatuído nesta decisão; II) indenização por danos morais, na monta de R\$ 7.000,00; III) pensão mensal, no importe do salário integral do mês do afastamento do trabalho (R\$ 492,00), a partir do 16º dia do afastamento do reclamante, sendo que qualquer das partes, se perceber alteração no estado de fato, poderá requerer a realização de novo laudo pericial, para adaptar a pensão à realidade nova que se estampar; deverá o réu constituir capital para garantir o pagamento da renda mensal; a pensão deve ser corrigida pelos mesmos reajustes concedidos aos demais empregados. Correção monetária, juros e tributos federais na forma da fundamentação do voto do Exmo. Desembargador Relator. Acrescido à condenação o valor de R\$ 20.000,00, com custas adicionais de R\$ 400,00, pelo reclamado.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2012.

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA

Desembargador Relator

PROCESSO: 0027400-30.2009.5.01.0451 - RO

ACÓRDÃO

9ª TURMA - TRT 1ª Região

ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. A responsabilidade civil do Réu, quanto ao pagamento de indenização por dano moral em decorrência de acidente de trabalho, é objetiva, segundo a inteligência dos artigos 200, III, e 225, § 3º, da CRFB/1988; do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e do artigo 927, do Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes: RIO ITA LTDA e JOSÉ CARLOS NUNES RANGEL, ambos como Recorrentes e Recorridos.

Insurgem-se as partes contra a r. sentença de fls. 303/311, complementada pelas decisões de embargos de declaração de fls. 323/324, proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Itaboraí, da lavra da Exmª Juíza Benimar Ramos de Medeiros Marins, que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial.

A Ré interpõe recuso ordinário a fls. 329/336, pretendendo seja afastada sua condenação, salientando que não restou provada sua culpa no acidente ocorrido. Postula, em caso de manutenção da condenação imposta, a revisão dos valores arbitrados a título de indenização por danos materiais e morais.

Custas e depósito recursal comprovados a fls. 337/338.

O Autor, por seu turno, em suas razões de apelo de fls. 317/322, busca seja elevado o valor atribuído ao dano moral, bem como fixado o pensionamento em 100% de sua remuneração.

Postula, ainda, seja desconsiderado o período fixado para o pensamento. Contrarrazões do Autor a fls. 346/351 e da Ré fls. 354/360.

Deixo de encaminhar os autos ao Ministério Público do Trabalho, eis que não configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 85, I, do Regimento Interno do E. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO DO CONHECIMENTO

Conheço dos recursos ordinários interpostos pelas partes, por preenchidos os seus pressupostos legais de admissibilidade.

NO MÉRITO

DA ANÁLISE EM CONJUNTO DOS APELOS DA CULPA E DO ACIDENTE DE TRABALHO

Insurge-se a Ré contra a sentença de 1º grau que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrente de acidente de trabalho sofrido pelo Autor durante a prestação de serviços.

Insiste a Acionada que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do Acionante, o que, por si só, excluiria seu dever de indenizar.

Por seu turno, narra o Demandante que, no dia 12.04.2001, durante sua habitual jornada laborativa como motorista, foi atropelado por um veículo da Demandada, sendo imprensado pelo mesmo.

O julgado original condenou a empresa Demandada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais e, ainda, pensionamento pelo período que perdurou a incapacidade laborativa do Demandante.

Não merece reparo a sentença original no que se refere à responsabilização da Ré ao dever de indenizar.

Restou incontroverso que o empregado sofreu acidente de trabalho ao ser envolvido no atropelamento descrito nos autos, sendo vítima de politraumatismo e várias fraturas após o acidente (laudo de fls. 116/120 e documentos de fls. 13/44).

Ainda, os documentos emitidos pelo órgão previdenciário evidenciam que o Autor obteve auxílio-doença, constatando sua impossibilidade de retorno ao trabalho.

A Ré apega-se à tese de que o Acionante agiu de forma imprudente na execução de suas tarefas, assegurando que seu preposto adotou os procedimentos de segurança recomendáveis para a execução da manobra do veículo que atingiu o obreiro.

Ab initio, cumpre ressaltar que comungo do entendimento de que o acidente de trabalho atrai a responsabilização objetiva do empregador, independentemente de culpa.

É dever do empregador garantir a integridade física e psicológica de seus empregados, sendo certo que a empresa é diretamente responsável pelos acidentes ocasionados no período que compreende a jornada de trabalho.

A testemunha conduzida pelas partes (fls. 170) confirmou toda manobra efetuada, revelando a ausência de medidas de segurança por parte do despachante da empresa ao liberar o veículo para estacionar, vindo o mesmo a atingir o Autor.

Além disso, a testemunha ainda declara que: "...a vítima caiu quase em frente ao ônibus que conduzia, onde ficou caído cerca de 20 minutos; que o coletivo que procedia de Alcântara, após atingir o Autor, acabou de estacionar...".

Portanto, para aqueles que entendem necessário o elemento subjetivo para a caracterização do dano moral em decorrência de acidente de trabalho, resta mais do que configurada a culpa do empregador, ante a negligência quanto à segurança de seus empregados, permitindo que um veículo seja liberado para manobra por uma simples "pancadinha" em sua carroceria, demonstrando um total descaso em relação às normas de segurança a serem observadas durante o labor; não havendo, assim, como prevalecer a tese de culpa exclusiva da vítima.

Entretanto, entendo que toda a discussão acerca da culpa da Ré torna-se despropositada, pois perfeitamente aplicável ao caso trazido à colação o disposto no art. 927, do Código Civil de 2002, que determina a responsabilidade objetiva por conta do risco da atividade empresarial.

Além disso, não pode ser esquecido o fato de que, com relação ao contrato de emprego, a principal obrigação da empresa é a manutenção da vida e da incolumidade física de seus trabalhadores, encargo não cumprido pela Demandada.

Com fulcro em todos os dispositivos legais acima mencionados, entendo que a responsabilidade civil do Réu, no caso de acidente de trabalho, independe de culpa, não merecendo reforma o provimento jurisdicional ora guerreado no tocante.

Nego provimento.

DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS

Pleiteia a Ré a redução do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos materiais e morais.

O Autor, por seu turno, requer a elevação da indenização por danos morais e, ainda, que seja a Demandada condenada a ressarcir materialmente o Acionante na razão de 100%, diante de sua exclusiva culpa pelo acidente.

Postula, também, que seja afastada a limitação imposta ao pagamento do pensionamento.

Passemos à análise dos argumentos oferecidos pelas partes.

Não há dúvidas de que o acidente sofrido ocasionou incapacidade laborativa por um período longo, tendo gerado despesas com medicamentos, exames e demais aparatos necessários à recuperação do obreiro, causando-lhe dor e angústia; atingindo, assim, a órbita do patrimônio material e moral do Acionante.

Também já restou fartamente fundamentado que toda a discussão acerca da culpa da Ré torna-se despicienda, pois perfeitamente aplicável ao caso trazido à colação o disposto no art. 927, do CC/2002, que determina a responsabilidade objetiva por conta do risco da atividade empresarial.

No que concerne à quantificação do valor da indenização material devida ao Acionante, essa deve tomar por base o dano representado pelas inúmeras fraturas e politraumatismo decorrentes do acidente, incapacitando-o para o trabalho por quase quatro anos, a idade do empregado, o valor da remuneração por ele percebida e a capacidade do Réu em suportar os efeitos da condenação.

Neste sentido, entendemos merecer reparo o julgado original somente para ajustar o valor devido pela Ré de R\$ 7.667,22 (sete mil, seiscentos e sessenta e sete reais e vinte e dois centavos), correspondente a 70% das despesas efetuadas, para R\$ 10.953,17 (dez mil, novecentos e cinquenta e três reais e dezessete centavos), que representa 100% dos gastos.

No que se refere ao pensionamento fixado, ficam mantidos os termos da sentença de 1º grau, uma vez que fundamentou seu entendimento na reparação da perda da renda familiar pelo período da incapacidade laborativa, no conjunto probatório dos autos e, ainda, na requalificação da capacidade para o labor.

Por fim, no tocante aos danos morais, em face da inexistência de lei específica determinadora do valor devido para a indenização desta natureza, a quantia correspondente deve ser arbitrada em montante dentro dos limites da razoabilidade, compatível com a extensão e gravidade dos efeitos do dano, o grau de culpa do ofensor e a situação econômica das partes, para que se possa restabelecer o equilíbrio rompido. O objetivo da indenização vindicada é punir o infrator e compensar a vítima pelo dano sofrido, atendendo deste forma a sua dupla finalidade: a justa indenização do ofendido e o caráter pedagógico em relação ao ofensor.

Portanto, entendo que o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), encontra-se perfeitamente adequado ao propósito condenatório.

Assim, **dou parcial provimento** ao apelo do Autor, para redefinir o valor arbitrado a título de indenização para reparação de danos materiais e nego provimento ao apelo da Ré.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da Ré e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo do Autor para, reformando a sentença de 1º grau, alterar o valor da indenização a título de danos materiais para R\$ 10.953,17 (dez mil, novecentos e cinquenta e três reais e dezessete centavos), na forma da fundamentação supra.

Não obstante o provimento parcial do apelo do Autor, bem como o disposto na alínea “c”, do item II da Instrução Normativa 3/93, do C. TST, mantém-se o valor arbitrado para a condenação, por reputá-lo adequado.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, nos termos da fundamentação do voto do Exmo. Sr. Relator, **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo da Ré e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo do Autor para, reformando a sentença de 1º grau, alterar o valor da indenização a título de danos materiais para R\$ 10.953,17 (dez mil, novecentos e cinquenta e três reais e dezessete centavos). Não obstante o provimento parcial do apelo do Autor, bem como o disposto na alínea “c”, do item II da Instrução Normativa 3/93, do C. TST, manteve-se o valor arbitrado para a condenação, por reputá-lo adequado.

Rio de Janeiro, 4 de Outubro de 2011.

Juiz Rogério Lucas Martins

Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR PELO ACIDENTE DO TRABALHO

LUCIANO RICARDO CEMBRANEL*

SUMÁRIO: 1 A responsabilidade civil objetiva do empregador pelo acidente de trabalho; I Responsabilidade; II Responsabilidade objetiva; III Modalidades do risco; IV Responsabilidade pelo risco – art. 927, parágrafo único, CC; V Responsabilidade civil objetiva do empregador pelo acidente do trabalho; VI Conclusão; Referências.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR PELO ACIDENTE DO TRABALHO

A Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe significativa mudança no panorama geral da Justiça do Trabalho ao estabelecer a competência para apreciar ação versando sobre dano moral / material sofrido em decorrência de acidente do trabalho. Corolário, a saúde do trabalhador passou a ter papel de destaque na ação dos atores jurídicos do segmento trabalhista, que experimenta considerável crescimento de pleitos judiciais focados na apreciação de acidentes do trabalho.

Essa realidade tem suscitado importantes questionamentos. De um lado, a análise dos infórtunios laborais e das doenças ocupacionais, notadamente em razão da dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 1º, III). De outro, dos fundamentos da responsabilidade civil, especialmente a busca de mecanismos jurídicos que possibilitem a efetiva reparação do bem jurídico do trabalhador.

Desponta nesse contexto, a evolução da teoria da responsabilidade objetiva, precipuamente o alargamento do conceito de risco da atividade, depreendido do entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 179-180), de que todo o dano injustamente sofrido merece ser reparado. Em contraposição, Caio Mário da Silva Pereira (apud OLIVEIRA, 2005, p. 81-82), no sentido de que a “[...] demasiada atenção à vítima, acaba por negar o princípio da justiça social, impondo cegamente o dever de reparar, e levando-o a equiparar o comportamento jurídico e injurídico do agente”.

É sobre a necessidade de melhor entender a teoria do risco criado, visando o equilíbrio entre o amparo do trabalhador e o interesse coletivo na sobrevivência da empresa, que o presente estudo é desenvolvido.

* Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Passo Fundo – RS.

Para tanto, serão abordados conceitos próprios da responsabilidade civil objetiva e sua evolução, para depois perquirir acerca da responsabilidade do empregador pelo acidente do trabalho à luz da teoria do risco.

I Responsabilidade

A expressão “responsabilidade” tem mais de um significado.

Segundo Rui Stoco (2011, p. 132), “[...] tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”.

Adauto de Almeida Tomaszewski enfatiza que “[...] imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo” (*apud* STOCO, 2011, p. 132).

De acordo com César Fiúza, também pode conduzir à ideia de uma relação obrigacional, pois “[...] revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato” (*apud* STOCO, 2011, p. 132).

A responsabilidade está sempre ligada com o conceito de norma, e nasce justamente de um comportamento contrário a ela, ou seja, do que é vedado. Nas palavras de Vittorio de Giorgi (*apud* BORBA, 2011, p. 531), “[...] a norma põe uma linha de conduta, a violação dessa norma produz responsabilidade”.

Para Maria Helena Diniz (2002, p. 34), responsabilidade jurídica “[...] é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Há, portanto, dois elementos da responsabilidade jurídica, segundo Joselita Nepomuceno Borba (2011, p. 531): “[...] um elemento objetivo, traduzido pela violação da norma jurídica, ou seja, um comportamento contrário ao direito; um elemento subjetivo, a presença de uma parte, um sujeito imputável, e a condição necessária para a aplicação da sanção”.

O princípio da responsabilidade civil funda-se essencialmente na doutrina da culpa ou responsabilidade subjetiva, no sentido de “[...] quem der causa a dano alheio deve repará-lo” (Código Civil, art. 186). Assim para haver dever de indenizar é necessário a presença dos seguintes elementos: dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano e culpa do agente.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2005, p. 80) enfatiza que a “[...] responsabilidade subjetiva tem raízes milenares e está visceralmente impregnada em toda a dogmática da responsabilidade civil”. Por isso, “aquele que sofre um dano tem, como primeiro pensamento, praticamente como reação instintiva, a necessidade de procurar o culpado para cobrar a reparação”.

Ocorre que, embora essa teoria pareça emitir um conceito de justiça, certo é que, nas palavras de Iara Alves Cordeiro Pacheco (2011, p. 952),

“[...] com a modernidade surgiram invenções que aceleraram o desenvolvimento da humanidade, mas também trouxeram riscos cada vez maiores para a incolumidade física das pessoas”. Além de que, “[...] as vítimas dos acidentes ocorridos com as máquinas de produção e de transporte, nas fábricas e nas ruas, sempre estiveram em posição de desvantagem, com dificuldades para conseguir provar a culpa do agente causador do dano”.

De fato, “[...] a multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se insuficiente para cobrir todos os casos de reparação” (STOCO, 2011, p. 182).

Por essa razão, previu o legislador, excepcionalmente, e fundada na teoria do risco, a responsabilidade objetiva. Dessa forma, e de acordo com Joselita Nepomuceno Borba (2011, p. 532), “[...] para que haja o dever de indenizar, nessa hipótese, não se perquire sobre a conduta (dolo ou culpa) do agente, mas sim sobre a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano”. E com propriedade leciona que o “[...] elemento subjetivo da conduta fica relegado em face do risco da atividade do agente que, por sua natureza, implicar risco ao direito de outrem ou do que determina a lei”.

Tal exceção à regra geral está prevista no art. 927, parágrafo único, do CC e será melhor examinada nos itens seguintes.

II Responsabilidade objetiva

Conforme sucintamente ventilado, a implantação da indústria, a expansão do maquinismo, a inobservância do meio ambiente de trabalho seguro contribuíram decisivamente para a multiplicação dos acidentes do trabalho, deixando exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade.

Caio Mário já advertia que a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre lograram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesca não indenizada (*Apud* STOCO, 2011, p. 182). “A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 141). Consequentemente, a responsabilidade objetiva “[...] acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 11).

A responsabilidade objetiva, assevera Cavalieri, foi concebida na teoria do risco, principalmente pelos juristas franceses, “[...] justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho”, asseverando que, “[...] risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 142). E resume a doutrina do risco nos seguintes termos:

[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 142).

É preciso não olvidar, ainda, em apertada síntese, que esse alargamento da responsabilidade, notadamente em vista do problema da repartição das perdas no sentido de um aumento de situação do autor do dano, passou por uma espécie de situação transitória com a teoria da culpa presumida. Tratava-se de uma espécie de solução em que se considerava

[...] não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparavam indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da preparação e afloravam fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado (STOCO, 2011, p. 182).

Nessa marcha evolutiva, Aguiar Dias ressaltava a diferença, em tese, da responsabilidade objetiva e da culpa presumida ao lecionar que: “[...] no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, respondem-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar” (*Apud* STOCO, 2011, p. 182).

O Código Civil de 2002, segundo Stoco, “[...] abandonou, em grande parte e com vantagem, a culpa presumida para adotar, ainda que por exceção e sempre expressamente e em *numerus clausus*, a responsabilidade objetiva” (STOCO, 2011, p. 183).

Contudo, e como muito bem lembrado pelo referido autor, é “[...] certo que o atual Código Civil manteve a culpa como um dos pressupostos fundamentais da responsabilidade, como se verifica no art. 186, sem afastar a possibilidade da responsabilidade objetiva nas hipóteses que especifica” (STOCO, 2011, p. 182).

Sebastião Geraldo de Oliveira também resalta que a responsabilidade objetiva “[...] não suplantou, nem derogou a teoria subjetiva, mas afirmou-se em espaço próprio de convivência funcional, para atender àquelas hipóteses em que a exigência da culpa representava demasiado ônus para as vítimas, praticamente inviabilizando a indenização do prejuízo sofrido” (OLIVEIRA, 2005, p. 83).

III Modalidades do risco

Como já declinado, em regra, o Código Civil adotou a teoria da culpa para a responsabilização civil, ao elegê-la nos arts. 186 e 927, expressamente, como elemento essencial do ato ilícito e da obrigação de indenizar.

Todavia, o parágrafo único do art. 927 se constitui verdadeira cláusula geral de responsabilidade pelo risco, ao estabelecer que “[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Surgiram então várias concepções em torno da ideia central do risco, que se identificam como verdadeiras subespécies, dentre as quais podem ser destacadas as teorias do risco proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

Pela *teoria do risco proveito*, aquele que tira vantagem da atividade danosa deve responder pelos danos que seu empreendimento acarreta, com base no princípio de que, “[...] onde está o ganho, aí reside o encargo” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

O suporte doutrinário dessa teoria, seguindo nos ensinamentos de Cavalieri, repousa na ideia de que “[...] o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

Para Renzo Gama Soares, “[...] é a aplicação do brocardo *ubi emolumentu, ibi ônus*” (SOARES, 2011, p. 48).

Oliveira adverte que a “[...] dificuldade prática dessa teoria reside na indagação do que seria ‘proveito’, com a possibilidade de restringir a reparação apenas quanto haja proveito econômico” (OLIVEIRA, 2005, p. 87).

Nesse sentido Cavalieri leciona que “[...] se o proveito tem sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco-proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

A *teoria do risco profissional*, segundo Cavalieri, considera que o “[...] dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

De acordo com Stoco, fala-se na *teoria do risco excepcional* “[...] nas hipóteses em que o dano surge como consequência de um risco que escapa à atividade comum da vítima. Assim, a reparação será devida sempre que o dano decorra de um risco excepcional e, portanto, anormal” (STOCO, 2011, p. 189). Cita como exemplo a exploração de energia nuclear, de elementos radioativos, ou a manipulação de energia elétrica, entre outros.

O maior defensor da *teoria do risco criado* foi o saudoso Caio Mário que assim discorreu: “[...] aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (*Apud* CAVALIERI FILHO, 2010, p. 143).

Cavaliere sintetiza o entendimento do referido autor nas seguintes palavras:

[...] o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da ideia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 144).

Para Stoco, sob tal teoria “[...] o agente responde em razão do risco ou perigo que a atividade exercida apresenta, ou seja, aquele que, em razão da sua atividade ou profissão cria um perigo ou expõe algum ao risco de dano” (STOCO, 2011, p. 189).

Nessa teoria “[...] a responsabilidade não está conectada a um proveito ou lucro, mas apenas à consequência da atividade em geral, de sorte que a ideia de risco passa a conectar-se a qualquer atividade humana que seja potencialmente danosa para outros”, como na previsão do parágrafo único do art. 927 do CC, como bem lembra o referido autor.

“Não há juízo de reprovabilidade quanto à conduta do agente. O que há é a imposição de reparação pela simples indução de risco, no que respeita a atividade praticada”. Segundo Ney Stany Moraes Maranhão, “[...] à luz dessa especial dogmática, ‘autor do dano’, pois, não pretende significar ‘culpado pelo dano’, mas sim ‘responsável pelo dano’” (MARANHÃO, 2010, p. 270).

A *teoria do risco integral* é aquela pela qual “[...] qualquer fato culposo ou não culposo impõe ao agente o dever de reparar, desde que identificado um dano efetivo, ainda que inexistente o nexu causal, ficando afastada a ideia de culpa, mostrando-se desimportante as circunstâncias em que o dano se verificou” (STOCO, 2011, p. 189).

Dita teoria “[...] é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexu de causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável”, ressalta Cavaliere (2010, p. 145).

A modalidade mais aceita pelo nosso ordenamento jurídico é a do risco criado, “[...] porquanto não indaga se houve ou não proveito para o responsável;

a reparação do dano é devida pela simples criação do risco”, ressalta Oliveira (2005, p. 87).

IV Responsabilidade pelo risco – art. 927, parágrafo único, CC

A análise semântica do art. 927, parágrafo único, do CC, revela que a responsabilidade decorre quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para melhor compreensão, eis novamente a redação do dispositivo legal: “[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A doutrina praticamente converge no sentido de afirmar que a expressão “atividade” contida no mencionado dispositivo legal “[...] designa uma complexidade, um conjunto de atos praticados no sentido de se alcançar uma determinada finalidade” (SOARES, 2011, p. 88). Não significa mera ação ou omissão do agente, “[...] mas exercício profissional contínuo e estruturado sob a forma de exploração comercial, industrial ou outra qualquer” (STOCO, 2011, p. 202).

Destarte, “[...] se um determinado ato que exponha alguém a perigo, sendo praticado de forma isolada, pode não estar sujeito ao dispositivo em comento, caso não esteja inserido em um conjunto de outros atos coordenados, formando uma atividade” (SOARES, 2011, p. 89).

Para Maranhão (2010, p. 260), por exemplo, “[...] o simples ato de conduzir veículo sempre no mesmo trajeto, no percurso residência-trabalho e trabalho-residência, expressa apenas uma conduta, não implicando, em si, atividade que detenha exposição acentuada a risco”. A conclusão pode ser diferente quando se faz da condução do veículo uma verdadeira atividade/profissão, como é o caso dos taxistas e motoboys, embora se discuta se tal prática, de fato, ensejaria algum risco acentuado a outrem.

Já “atividade normalmente desenvolvida” a que refere o preceito “[...] está a sugerir o exercício habitual, reiterado como exploração de uma atividade organizada e contínua. Significa que não se exige para impor o dever de reparar que a atividade seja exercida de modo anormal ou que seja ilícita” (STOCO, 2011, p. 203). Dessa forma, “[...] ainda que a atividade seja normal, lícita e regularmente exercida, haverá a obrigação de reparar se tal atividade for de risco inerente” (STOCO, 2011, p. 203).

Entretanto, convém não olvidar que o risco referido

[...] tem que decorrer da própria natureza da atividade exercida, ou seja, deve ser inerente não à forma de exercer mas à própria atividade. Exige-se, ainda, que, ademais de ser um risco embutido e, portanto, inerente, seja também especial e anormal” (STOCO, 2011, p. 203).

Traduzindo o que se pode chamar de risco da atividade perigosa.

O fator de imputação da obrigação de indenizar, previsto no art. 927, parágrafo único, do CC, é a atividade de risco, e não o risco da atividade, do empreendimento, extraído do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como se depreende do Enunciado 38 aprovado na I Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>), que reza:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

A propósito, Felipe Kirchner, esclarece que para “[...] os efeitos do art. 927, parágrafo único, do CC/2002, o risco deve ser atributo da atividade, ou seja, deve ser inseparável e estar presente permanentemente no desenvolvimento do exercício profissional, e não apenas acidentalmente”. De maneira que, “[...] restam afastadas do campo de incidência da norma aquelas atividades em que o risco, embora eventualmente presente, não é necessário. Para a aplicação da norma em exame, portanto, a atividade deve implicar, por si só, e sempre, risco para os direitos de outrem” (*Apud* STOCO, 2011, p. 203).

Já para Maranhão (2010, p. 271), “[...] para a incidência dessa cláusula geral, que impõe responsabilidade independente de culpa, basta a constatação de que o risco foi propiciado pelo exercício da atividade, com todos os fatores que a circundam, e não da atividade, abstratamente considerada”.

O risco, como fundamento da responsabilidade objetiva deve ter a conotação de expor “[...] a uma probabilidade de dano maior do que seria esperado em condições ordinárias de convivência social” (SOARES, 2011, p. 92). Não se reporta a disposição legal ao risco ordinário, comum, inerente a todo e qualquer aspecto da vida humana.

Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2005, p. 95) comenta que

Para que haja indenização será necessário comparar o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao perigo dos demais membros da coletividade. Qualquer um pode tropeçar, escorregar e cair em casa ou na rua, ser atropelado na calçada por um automóvel descontrolado, independentemente de estar ou não no exercício de qualquer atividade, podendo mesmo ser um desempregado ou aposentado. No entanto, acima desse risco genérico que afeta indistintamente toda a coletividade, de certa forma inerente à vida atual, outros riscos específicos ocorrem pelo exercício de determinadas atividades, dentro da concepção da teoria do ‘risco criado’. Se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, tão-somente pelo exercício da atividade.

Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 274) conclui com segurança que o “[...] risco acionador do art. 927, parágrafo único, do Código Reale, há de ser qualificado, diferenciado”.

Silva Aguiar, citado por Maranhão (2010, p. 279), aponta valiosos critérios para apreciação desse risco:

Embora não seja de nossa pretensão criar terminologias, é certo que o risco projetou-se em duas subespécies: o risco-possibilidade e o risco-probabilidade. No primeiro, o risco é apenas a possibilidade de dano que a atividade humana traz ínsita em si e que pode ser erigida a uma condição de responsabilidade objetiva pelo legislador; já o risco probabilidade, a atividade ao ser desempenhada gera um perigo, no qual a possibilidade de dano se afasta daquela condição normal e se apresenta com uma perspectiva concreta para a vítima. [...] Portanto, à luz dos fatos expendidos, é possível se concluir que a ideia de risco se viu dividida em duas: o risco-possibilidade – relativo a assunção dos prejuízos causados a outrem, em razão da prática de uma determinada atividade que traz em si a possibilidade de causação de dano. Em tais situações, para que o agente venha a responder objetivamente, a hipótese necessariamente terá que estar estatuída em lei, conforme previsto na segunda parte do artigo; o risco-probabilidade – a qualificação de determinada atividade como perigosa, assinalando ainda a existência concreta de um perigo de dano. Esta visão remanesce fixada na terceira parte de dispositivo e poderá ser estatuída por lei ou reconhecida pelo judiciário. Doravante, ao se afirmar que a responsabilidade objetiva possui como fundamento a teoria do risco, será preciso atentar para o fato de que o termo risco, neste caso, possui um sentido lato que abrange tanto a simples possibilidade de dano em razão de uma conduta praticada, como também a probabilidade consistente de ofensa pelo exercício de uma atividade perigosa.

É possível extrair, por conseguinte, que o risco legitimador do dever de indenizar independente de culpa, “[...] envolve aqueles casos em que o risco de dano é possível, *in abstracto*, embora o dano efetivo seja pouco provável, *in concreto*”. A hipótese atrairia a incidência da primeira parte do referido dispositivo legal (“nos casos especificados em lei”), “[...] cabendo ao legislador, por uma decisão de ponderação política, já previamente apontar, por meio de lei, aquelas atividades tais que demandem a aplicação da responsabilidade objetiva”. Maranhão cita como exemplo o caso da atividade nuclear, aeroviária e consumerista. Por outro lado, segue o mencionado autor, “[...] quando o dano, além do possível, é também provável, incidiria a segunda parte do parágrafo único do art. 927 [“quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”], cabendo, agora, ao julgador, por uma decisão de ponderação jurídica, em cada caso concreto, apontar, por meio de sentença, que atividades estariam inseridas no raio de incidência da cláusula geral” (MARANHÃO, 2010, p. 274).

A temática é palpitante e há muito a se discutir.

V Responsabilidade civil objetiva do empregador pelo acidente do trabalho

A par da discussão sobre o cabimento da responsabilidade objetiva do empregador por acidente do trabalho ou doença profissional, tendo em vista o disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, tem-se possível a sua aplicação especificamente nos casos fixados em lei e nas situações de natural exposição do obreiro ao risco.

Com base nas hipóteses reconhecidas pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil é possível extrair que “[...] nos casos em que a lei expressamente fixar a responsabilidade objetiva do empregador decorrente do acidente do trabalho, sua adoção decorre da simples aplicação da norma” (ARAÚJO JÚNIOR, 2010, p. 1229).

Nesse sentido Sérgio Cavaliere Filho e Carlos Alberto Menezes Direito mencionam que a expressão “nos casos especificados em lei”, além de deixar aberta a possibilidade de novas disposições legais com o mesmo caráter, “[...] torna certo que continuam em vigor as leis especiais que, antes do novo Código, havia consagrado a responsabilidade objetiva” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 145) como, por exemplo, a Lei 6.453/77 (danos nucleares), a Lei 6.938/81 (danos ao meio ambiente), a Lei 7.565/86 (novo Código Brasileiro de Aeronáutica), a Lei 8.884/94 (antitruste), e etc.

Contudo, a dificuldade reside no reconhecimento da cláusula geral de responsabilidade, visto que o texto legal não especifica quais as situações de natural exposição do trabalhador ao risco.

Francisco Milton Araújo Júnior (2010, p. 1229), considerando a especificidade do art. 927, parágrafo único, do CC, entende que

[...] a aplicação da responsabilidade civil objetiva do empregador nas atividades de risco compreende apenas as atividades profissionais que possibilitem natural e intensa exposição do obreiro aos riscos, proporcionando, dentro da normalidade média das ocupações laborais, maior potencialidade de ocorrências do infortúnio laboral.

Para o mencionado autor, a “[...] excepcionalidade da responsabilidade objetiva do empregador fixada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, deve ser aplicada nos casos de risco laboral (sentido estrito)” (ARAÚJO JÚNIOR, 2010, p. 1230).

Segundo ele, risco laboral (sentido estrito) compreende todas as atividades que “[...] possibilitem frequente e intensa exposição do obreiro ao risco de vida em razão da natureza do trabalho ou das condições especiais da prestação dos serviços”. E prossegue aduzindo que risco laboral (sentido estrito) em razão da natureza do trabalho caracteriza-se “[...] quando o risco da ocorrência do infortúnio laboral for inerente à própria atividade profissional”, v.g., vigilantes que integram a guarnição dos carros de transporte de valores. Por fim, assevera que o risco laboral (sentido estrito) em razão das condições especiais

da prestação de serviço é aquele que “[...] atinge os trabalhadores que, em face das peculiaridades da atividade, passam a exercer atividade profissional de intenso grau de risco”, como, por exemplo, o caixa de agência bancária que é comumente alvo de assalto.

Há uma zona cinzenta na interpretação e averiguação do risco da atividade como se verifica dos arestos abaixo colacionados:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Entendimento da Turma, vencida a Relatora, no sentido de que o risco necessário à responsabilização objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC deve ser intrínseco à atividade desenvolvida pela empresa, o que não se verifica, em relação aos assaltos, no transporte coletivo de passageiros. Recurso da reclamada provido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº** 0000023-68.2010.5.04.0030, da 8ª Turma. Relatora: Juíza Convocada Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 21 de julho de 2011).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSALTOS. Atividade desempenhada pela autora como cobradora de ônibus que revela elevado grau de risco. Existência de dinheiro e passagens dentro do veículo que constitui atrativo para indivíduos dedicados à atividade delituosa, retirando a imprevisibilidade e a inevitabilidade dos assaltos. Fato de a segurança pública ser um dever do Estado que não afasta a responsabilidade do empregador, porquanto também os particulares, em especial que mantém atividade econômica que potencialize os riscos oferecidos aos empregados, respondem pela segurança e por possíveis agravos à saúde do trabalhador. Do ponto de vista da reclamada, os assaltos sofridos possuem mera dimensão patrimonial, contudo, sob a perspectiva da autora, foram a vida e sua integridade física e psicológica que restaram expostas à atividade criminosa, situação que faz presumir prejuízos morais. Recurso da reclamante provido para deferir indenização por dano moral. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº** 0167500-32.2008.5.04.0404, da 1ª Turma. Relator: Des. José Felipe Ledur. Porto Alegre, 18 de maio de 2011).

Embora as situações fáticas sejam semelhantes, perfeitamente compreensível a divergência jurisprudencial no que tange à caracterização da atividade de cobrador de ônibus como de risco em razão das condições especiais da prestação de serviço, já que permissivo o substrato normativo.

É de se registrar que, embora em ambos os casos, se reconheça a leniência estatal em prover segurança pública minimamente eficiente, a responsabilização do empregador decorre da omissão em tomar todas as providências para fazer o ambiente de trabalho seguro, tornado a atividade, pelas peculiaridades, de intenso grau de risco.

Outro exemplo controvertido é a atividade de motoboy, *verbis*:

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR MOTOBOY. ATIVIDADE DE RISCO. A prestação de serviço por meio de motocicleta, em favor de empresa que se utiliza deste serviço para melhor prestar sua atividade fim é de alto risco, incidindo a regra do artigo 927 do Código Civil. Hipótese em que não há prova de que o evento se deu por culpa exclusiva da vítima, existindo responsabilidade da ré pela reparação dos danos postulados. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000645-22.2010.5.04.0201**, da 9ª Turma. Relator: Des. Ricardo Martins Costa. Porto Alegre, 18 de agosto de 2011).

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. A circunstância de o acidente do trabalho ocorrer durante o labor não gera, por si só, o dever de indenizar. Hipótese em que não restou demonstrado que o empregador tenha concorrido com conduta que revele negligência, imperícia ou imprudência ou, ainda, que não tenha adotado as diligências necessárias no campo da segurança e saúde ocupacional para evitar os acidentes e doenças relacionadas com o trabalho. Atividade do empregado que não o expõe a risco em nível superior àquele ao qual a coletividade se submete diariamente. Hipótese que escapa da área de abrangência da culpa. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0168700-45.2009.5.04.0661**. Relator: Des. Emilio Papaleo Zin. Porto Alegre, 26 de abril de 2012).

Não há dúvida que o uso de motocicleta é perigoso. O Brasil é o segundo país do mundo em vítimas fatais em acidentes de moto, de acordo com artigo publicado na revista Veja (DIAS, 2012). São 7,1 óbitos a cada 100.000 habitantes. A taxa de mortalidade, nos últimos quinze anos, aumentou 846,5%. E a maioria dos brasileiros que andam sobre duas rodas, ao contrário do que se pensa, o faz para substituir o transporte público (40%), e apenas 16% como instrumento de trabalho – nem todos de forma subordinada – (19% utilizam para lazer, 10% para substituir o carro e 15% por outros motivos).

Entretanto, e inobstante o debate a respeito do enquadramento ou não de tal cotidiano enquanto atividade no sentido legal, como a condução de motocicleta envolve risco a toda a coletividade, e não só ao trabalhador subordinado, o juízo de ponderação que deve ser feito para considerá-la inserta no raio de incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva está na qualificação do risco, no fato dele ser especial, anormal em relação à coletividade, lembrando que, para Sebastião Geraldo de Oliveira, o parágrafo único do art. 927 do CC tem aplicação apenas “[...] se o risco a que expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade” (OLIVEIRA, 2005, p. 95).

Enfim, o que é decisivo para atrair a responsabilidade objetiva do empregador é a inserção da atividade, e não mera conduta, na textura legal da cláusula geral de responsabilidade objetiva verificada no ordenamento jurídico.

VI Conclusão

Em que pese a ideia vigorante, no campo da responsabilidade civil, de “[...] contínuo fomento a construções jurídicas que busquem proteger ao máximo, a vítima de danos” (ARAÚJO JÚNIOR et al., 2010, p. 1056), deve-se buscar uma forma de justa reparação que não a simples transferência do ônus ao empregador.

O efeito do alargamento do conceito de risco da atividade e da responsabilidade objetiva em qualquer hipótese, para efeito de indenização por acidente de trabalho, merece reflexão e a consequente depuração doutrinária e jurisprudencial.

A averiguação do grau de risco, de modo a suscitar a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, por ora, dependerá mesmo da análise dos detalhes de cada situação em particular (MARANHÃO, 2010, p. 281), visando a harmonia entre o amparo do lesado e o interesse coletivo na sobrevivência da empresa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. A Fixação da Responsabilidade Civil do Empregador e do Estado a partir do Reconhecimento do Acidente do Trabalho Decorrente da Insegurança Pública. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, nº 10, p. 1229-1235, out. 2010.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Responsabilização pelos Danos Decorrentes do Direito de Greve. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, nº 5, p. 530-542, maio 2011.

BRASIL. *Código Civil*. 58. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0000023-68.2010.5.04.0030*, da 8ª Turma. Relatora: Juíza Convocada Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 21 de julho de 2011. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=39060370&f=rtf>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0167500-32.2008.5.04.0404*, da 1ª Turma. Relator: Des. José Felipe Ledur. Porto Alegre, 18 de maio de 2011. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=38279694&f=rtf>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0000645-22.2010.5.04.0201*, da 9ª Turma. Relator: Des. Ricardo Martins Costa. Porto Alegre, 18 de agosto de 2011. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=39394551&f=rtf>. Acesso em: 17 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nº 0168700-45.2009.5.04.0661*. Relator: Des. Emilio Papaleo Zin. Porto Alegre, 26 de abril de 2012. Disponível em: http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar?c=41752524&f=rtf. Acesso em: 17 maio 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 7, São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. V. 13, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, Adriana Dias. A Morte pede Passagem. *Veja*, São Paulo, ano 45, nº 19, p. 136-142, 9 maio 2012.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Método, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Responsabilidade Civil do Empregador. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, nº 8, p. 952-958, ago. 2011.

SOARES, Renzo Gama. *Responsabilidade Civil Objetiva: pressupostos e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O PROBLEMA DA ATUAL DEMARCAÇÃO DOS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA ESFERA TRABALHISTA

ODETE CARLIN*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 Contextualização do problema: origem, surgimento e evolução da noção de responsabilidade civil objetiva no campo social e jurídico; 2 O problema dos limites da responsabilidade civil objetiva: entre a negligência e o excesso de responsabilidade. Uma discussão que impõe a busca por parâmetros fundantes do próprio direito; 3 Considerações para auxiliar na resolução do problema na esfera jurídica. Duas ideias e um instrumento: (a) Da vitimização generalizada à responsabilidade pelo outro efetivamente vulnerável; (b) Da responsabilidade como reparação à responsabilidade como precaução; (c) Da prudência considerada em seu sentido forte (noção grega de “phoronêsis”) como instrumento de discernimento dos efeitos da ação legitimamente imputáveis ao seu autor; 4 Conclusão: pelo estabelecimento do primado ético da “justa medida” para a consideração da responsabilização trabalhista objetiva; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004 a Justiça do Trabalho passou a deter competência para processar e julgar as ações de responsabilização por danos materiais e morais oriundos de acidente de trabalho, em face da nova redação dada ao artigo 114 da Constituição Federal.

A nova temática passou, a partir de então, a fazer parte do cotidiano da Justiça Laboral e a impor a discussão do tratamento jurídico devido ao complexo instituto do “acidente de trabalho” propriamente dito – que é gênero abrangente desde o acidente-tipo até as doenças ocupacionais e acidentes por equiparação legal, a teor do disposto nos artigos 19 a 21 da Lei 8.213/91¹.

Além disso, com tal novidade surgiu imperiosa a necessidade de uma maior aproximação, senão de uma verdadeira *apropriação*, pelos operadores da justiça laboral, do instituto da responsabilidade civil, de modo a dar solução célere e adequada, além de filtrada pelos princípios que informam o Direito do Trabalho, às demandas que antes eram solvidas pela justiça comum.

De outra parte, a própria legislação fundamental acerca da responsabilidade civil sofreu alterações de relevo, em data próxima a da referida Emenda

* Juíza do Trabalho da 4ª Região, Titular da 4ª Vara do Trabalho de Passo Fundo – RS. Mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.

¹ A este respeito, veja-se classificação de DALLEGRAVE NETO, José Affonso na obra *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

Constitucional, com a superveniência de um novo Código Civil no ano de 2002 (Lei 10.406, de 10.01.2002, que substituiu o Código Civil de 1916, após longa tramitação no Congresso Nacional).

O instituto da *responsabilidade civil objetiva*², mais especificamente, recebeu tratamento destacado no novo texto legal, a ponto de hoje haver posição doutrinária³ no sentido de ter o Código Civil de 2002 não só ampliado, mas verdadeiramente passado a optar por tal espécie de responsabilização, em detrimento, em certa medida, daquela de cunho subjetivo – justamente ao contrário do que antes ocorria no Código de 1916.

De fato, segundo Cavalieri Filho (2005, p. 159), são “[...] tão extensas e profundas as cláusulas gerais que a consagram no parágrafo único do art. 927 e no art. 931”, que há razão para que se pense nestes termos. Isso para não se falar, ainda, do que disposto também no artigo 187 do mesmo Código Civil⁴, artigo sem correspondência no antigo Código de 1916.

Nesse contexto, torna-se evidente a relevância do estudo da responsabilidade civil objetiva, não só no âmbito do Direito Civil, mas muito particularmente no âmbito de sua aplicação a relações sujeitas à tutela do Direito do Trabalho.

Todavia, justamente em razão da *grande ampliação* do papel de tal instituto *por meio de cláusulas gerais*, parece se revelar ainda mais importante o estudo dos *limites da responsabilização objetiva*, nesta seara, na contemporaneidade.

A verdade é que, embora atualmente não se discuta a necessidade e a relevância da responsabilização de natureza objetiva, bem como o verdadeiro avanço civilizatório que representou a criação progressiva deste instituto jurídico ao longo da história, em especial, no campo das relações trabalhistas, parece haver hoje uma tendência de se testar ou até mesmo de se ultrapassar certos limites relevantes na aplicação deste instituto. E isto a ponto de eventualmente se chegar até a possibilidade de descaracterização da própria ideia fundamental de “responsabilidade”⁵ como tal, que daria base filosófico-jurídica ao instituto, por conta de possíveis excessos na aplicação destas cláusulas gerais.

² Referimo-nos, neste ensaio, fundamentalmente à responsabilidade objetiva *extracontratual*, derivada de ato ilícito ou contrário a direito, em virtude do enfoque estrito no campo do Direito do Trabalho e dos objetivos referidos adiante.

³ Nesse sentido, confira-se CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159.

⁴ Artigo 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁵ Para uma ampla análise do conceito de responsabilidade, tanto do ponto de vista jurídico quanto do ponto de vista moral, de suas origens à contemporaneidade, consulte-se o texto “O conceito de Responsabilidade: Ensaio de análise semântica”, do filósofo francês, Paul Ricoeur, que dá base ao presente estudo (*in*: RICOEUR, Paul. *O Justo ou a Essência da Justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.p. 35-60). Para uma compilação de conceitos do termo, no seu sentido jurídico e em âmbito nacional, verifique-se o ensaio do Juiz do Trabalho da 4ª Região, Luciano Cembranel, intitulado “Responsabilidade civil objetiva do empregador pelo acidente do trabalho”.

É com isso, pois, que se preocupa este ensaio: *em primeiro lugar*, constatar e evidenciar a relevância atual da *discussão dos limites da responsabilização objetiva*, ainda que partindo sempre da premissa de que ela é, em si e na medida correta, um avanço civilizatório fundamental e uma necessidade imperiosa ainda nos dias de hoje. Depois, *em segundo lugar*, discutir se há como estabelecer alguns **nortes legítimos** (jurídicos e ético-jurídicos) para a fixação de certos parâmetros ou limites de interpretação e aplicação da *responsabilidade objetiva* no campo do Direito do Trabalho, que possam trazer alguma sistematicidade e segurança na instrumentalização prática de regras como a do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, quando do julgamento de lides trabalhistas, justamente a bem de preservar o instituto sob estudo em função de sua fundamental importância já reconhecida.

Para tanto, então, o trabalho é dividido, adiante, em três itens, com os seguintes contornos e objetivos: em um *primeiro momento*, busca-se fazer brevíssima síntese sobre origem e estado atual da responsabilização civil objetiva na legislação nacional, assentando-se premissas sobre a importância atual deste instituto, mas também sobre os riscos decorrentes de sua interpretação defeituosa ou excessiva; num *segundo momento*, trata-se do problema propriamente dito da fixação de limites da responsabilidade objetiva, que pode levar, em pontos extremos, a posturas que oscilam entre a tolerância para com comportamentos negligentes, de um lado, e o excesso de responsabilização que descaracteriza a própria essência desta noção, de outro; num *terceiro item*, tenta-se fixar alguns parâmetros que ainda tenham raiz jurídica profunda para o trato da questão e encaminhamento deste problema a uma resolução.

Finalmente, *na conclusão* deste *paper*, busca-se indicar se é possível *construir um modo de abordar* esta questão dos limites da responsabilidade objetiva no campo trabalhista, a partir da identificação de alguns *parâmetros de aplicação das cláusulas gerais de responsabilização*, que seja legítimo, consistente e útil para auxiliar na solução de certos casos-limite ou “difíceis”, muito comuns no cotidiano atual das lides trabalhistas.

Enfim, a proposta e o *objetivo* deste ensaio são no sentido de que se enfoque a discussão da responsabilidade objetiva na seara trabalhista sob a relevante questão de seus limites, com vistas ao início da construção de um instrumental teórico-prático apto a lidar com questões desta natureza, ditas difíceis, mas absolutamente corriqueiras na atual realidade forense trabalhista.

1.1 Contextualização do problema: origem, surgimento e evolução da noção de responsabilidade civil objetiva no campo social e jurídico

Cavaliere Filho (2005, p. 153-154) bem resume a questão dos fatores que originaram e fizeram evoluir a responsabilidade objetiva extracontratual, afirmando o seguinte:

Costuma-se apontar, em apertada síntese, a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que

nele ocorreu como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil.

Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos.

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que este desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares?

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século [o autor refere-se ao século XX]; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

Caio Mario da Silva Pereira (1999, p. 262 et seq.), por sua vez, ressaltando que a doutrina objetiva da responsabilização vem tendo seus contornos delineados pelos grandes civilistas desde o final do século XIX, não traça quadro distinto do já referido, ao discorrer sobre a linha evolutiva da doutrina na transição entre a teoria da responsabilização subjetiva e aquela objetiva.

Como se vê, só esta breve síntese sobre as origens do instituto basta para demonstrar a sua relevância e atualidade, assentando como premissa deste ensaio o reconhecimento de que a possibilidade da responsabilização objetiva é um verdadeiro marco civilizatório, que deve ser guardado e garantido ainda para os tempos de hoje, mormente na esfera trabalhista.

De outra parte, o próprio difícil desenvolvimento e a demorada sedimentação desta noção jurídica, em nome de justas razões de índole

social já mencionadas, só corroboram o fato de que neste campo se está a tratar de verdadeira conquista do Direito, de teor humanizante, que não pode ser menosprezada. A descrição das fases da evolução da responsabilização extracontratual objetiva, feita pelo primeiro autor, deixando claro que todo este processo de passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva foi bastante lento e gradual, permeado de embates sociais, políticos e jurídicos, não deixa dúvidas a respeito disso.

Nesse sentido, veja-se que, como diz Cavalieri (2005, p. 154-155), houve, primeiro, uma admissão mais facilitada, por parte dos Tribunais, na prova da culpa (no difícil contexto histórico e social já referido alhures), para se evoluir, mais tarde, a uma admissão da culpa presumida, geradora de inversão do ônus da prova (“com efeito próximo ao da teoria objetiva”), e somente depois se chegar a ideia de “admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos”.

Vale dizer, não há dúvidas sobre a relevância da doutrina objetiva, nem sobre as legítimas e justificadas razões que levaram ao seu longo desenvolvimento.

Daí a razão, inclusive, de terem passado a conviver as duas teorias no direito positivo brasileiro, já desde os tempos de vigência do Código Civil de 1916, segundo afirma Caio Mario da Silva Pereira (1999, p. 273), já que, apesar de a responsabilidade civil ali prevista ter se fundado “essencialmente na doutrina da culpa”, não só houve penetração da teoria objetiva através de legislação extravagante (PEREIRA, 1999, p. 261), desde há muito, como o próprio Código anterior, “não obstante [...] fundar a responsabilidade civil na teoria da culpa, [já] consagra[va] algumas hipóteses de responsabilidade objetiva” (PEREIRA, 1999, p. 276)⁶.

A questão, entretanto, é que de lá para cá o mundo só fez tornar-se mais complexo e arriscado. O incessante incremento da tecnologia que trouxe novas e sucessivas benesses para a humanidade, acarretou, como reverso da mesma moeda, uma série de situações de risco antes impensáveis para todos os integrantes da sociedade e para as mais diversas atividades laborais. O crescimento econômico efetivamente verificado ao longo dos anos para uma grande parte das nações e a contínua busca incessante por sua manutenção e elevação teve o mesmo resultado. O consumismo exacerbado e estimulado estatalmente para manter o aquecimento de tais economias a qualquer custo também não pode ser descartado como causador deste estado de coisas.

Para assim concluir, basta cogitar, por exemplo, na questão do perigo da energia nuclear evidenciado por catástrofes que de tempos em tempos se sucedem, ou no incremento anual dos acidentes graves de trânsito, pelo

⁶ Citando-se, por exemplo, a hipótese de responsabilidade do dono do animal pelo dano causado por este.

crescente amplo acesso a automóveis e pelo sentimento de urgência para toda e qualquer coisa que acomete a todos hoje em dia, ou, por fim, nas indesejáveis situações de exposição da saúde das pessoas a risco geradas pelos mais diversos efeitos nocivos de tal consumismo desenfreado.

Uma sensação generalizada de insegurança por um permanente estado de sujeição a toda esta gama de riscos, por quase todos e em toda parte, se instalou nas sociedades contemporâneas. Isso tudo a ponto de a condição humana no início do século XXI passar a ser definida por um habitar uma nova “sociedade mundial de risco”⁷.

E isso, ao que tudo leva a crer, só fez dar maior e crescente respaldo à ampliação do campo de incidência da responsabilidade objetiva, de tal forma que mesmo o vetusto instrumental normativo da codificação foi atingido por tal ideia, no caso brasileiro, e de forma intensa, segundo alguns doutrinadores. Senão atente-se à visão de Cavalieri Filho (2005, p. 168) sobre o estado atual do direito positivo nacional no tocante à responsabilidade civil. Diz aquele doutrinador o seguinte:

O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O Código de 2002, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade por incapazes (art. 928) etc. Após o exame destas hipóteses todas haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva.

Ou seja, em resposta ao crescimento exponencial da exposição das pessoas ao risco, cada vez menos individualizável em situações determinadas e cada vez menos imputável a responsáveis definidos, uma generalização da ideia de socialização de tais riscos, de forma a se buscar alguma garantia de que, sobrevivendo o dano, alguém necessariamente deva indenizar.

A indagação que se põe, nesse passo, então, é a seguinte: será sustentável a ampliação indefinida da ideia de responsabilização sem culpa a

⁷ O conceito é do pensador Ulrich Beck, e consta de sua obra BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*: rumo a uma outra. São Paulo: Editora 34, 2010, que segundo o próprio autor, poderia ser definida da seguinte forma: “Minha tese é que as sociedades modernas e seus fundamentos foram abalados pela antecipação de catástrofes globais (mudança climática, crise financeira, terrorismo).”

bem de dar resposta e respaldo a vítima – que hoje, potencialmente, somos todos – sempre e sempre? Ou, de outra parte, ainda que na base da ideia de responsabilização objetiva esteja um móvel legítimo e socialmente relevante e mesmo que se reconheça a necessidade de seu elastecimento nos dias atuais, será possível chegar ao ponto de se ignorar a ideia de “responsabilidade” como imputação de um dever de reparar um ato praticado contra a norma na generalidade dos casos, passando-se a ideia de responsabilização pura e simples a bem de que alguém necessariamente dê resguardo a posição da vítima da ocasião? Ou, ainda, por fim, no extremo desta situação, haveria nisso um excesso com consequências dilapidadoras da própria ideia que fundamenta ética e juridicamente a noção de responsabilidade?

Estes questionamentos assumem ares de dramaticidade quando se considera o tema da responsabilidade pelo desempenho de atividade de risco. Basta pensar na cláusula geral posta no parágrafo único do artigo 927, que teria, em tese, o pontencial de, numa interpretação literal, ensejar uma abrangência na imposição de responsabilizações objetivas que retiraria totalmente o espaço para se cogitar de qualquer ideia de culpa em situações aonde isso chega a ser contra-intuitivo.

Nesse sentido, a lição de Cavalieri Filho (2005, p. 181):

No parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, encontramos a seguinte cláusula geral de responsabilidade objetiva. O dispositivo tem a seguinte redação: ‘Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.’ A expressão ‘independentemente de culpa’ contida nesse dispositivo indica que foi consagrada aqui uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Tão ampla e abrangente que, se interpretada literalmente, todos os que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até quando estivermos dirigindo nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente. É que na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco. Cumpre, então, examinar os reais contornos desta cláusula, fixando o seu verdadeiro alcance.

Como se vê, então, o próprio doutrinador referido alerta para a necessidade de que se caminhe no sentido de, em situações como esta, se passar a um exame detido dos casos, quando da aplicação da lei, que evite a perpetração de excessos, não só desnaturadores da própria noção de responsabilização, mas mesmo banalizadores da respeitável e necessária teoria objetiva.

A questão que se põe a partir daí é a seguinte: mas como fazer isso? Como encontrar nortes legítimos e confiáveis que permitam uma aplicação não excessiva ou distorcida destas tão amplas, mas por vezes realmente necessárias, cláusulas gerais de responsabilidade objetiva?

2 O PROBLEMA DOS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: entre a negligência e o excesso de responsabilidade. Uma discussão que impõe a busca por parâmetros fundantes do próprio direito

O problema da necessidade de se perquirir dos limites da responsabilização objetiva pode ser sintetizado, no ponto em que a questão jurídica se entrelaça com a filosófica, pela seguinte passagem de lavra do filósofo francês, Paul Ricoeur:

Com efeito, **a questão levantada é a de se saber se a substituição da idéia de falta [= culpa] pela de risco não conduzirá, paradoxalmente, a uma total desresponsabilização da acção.** A referência à falta no campo da responsabilidade civil permaneceria então inexpugnável. A questão é levantada tanto por Mireille Delmas-Marty em 'Pour un Droit Commun' como por F.Ewald em 'L'État-Providence'. (...) Todos estes autores partem da constatação de que a crise do direito de responsabilidade tem como ponto de partida um deslocamento do acento anteriormente posto sobre o autor presumido do dano e hoje colocado, de preferência, sobre a vítima a quem o dano sofrido coloca em posição de pedir reparação, o que quer dizer, na maior parte dos casos, indemnização. Surgiu na lei de 1898 sobre os acidentes de trabalho, a qual tornava obrigatório para as empresas os seguros de risco, a primeira expressão da passagem, de considerável alcance, 'de gestão individual da falta a uma gestão socializada do risco' (L. Engel, op.cit., p. 16). 'A instituição de um sistema de indenização simultaneamente automático e convencional, observa o autor, traduz a necessidade de se ver assegurada uma indemnização na ausência de comportamento faltoso' (Ibid.) **A avaliação objectiva do dano tende assim a obliterar a apreciação do laço subjectivo entre a acção e o seu autor.** Daqui nasce a idéia de responsabilidade desprovida de falta.

Poderíamos regozijar-nos com esta evolução, na medida em que, através dela, se encontra exaltado um valor moral importante, a saber, o de solidariedade, sem dúvida mais digno de estima que o mais utilitário de segurança. Mas os efeitos perversos deste deslocamento podem colocar-nos em alerta. Tais são encorajados pela incrível extensão da esfera dos riscos e pela mudança de escala no espaço e no tempo (toda a reflexão de HANS JONAS que adiante referimos parte deste mesmo ponto); **no limite, toda a incapacidade adquirida, compreendida como um dano sofrido, pode abrir um direito à reparação na ausência de qualquer falta provada. O efeito perverso consiste no facto de que, quanto mais se estende a esfera dos riscos, mais se torna premente e urgente a procura de um responsável, isto é, de alguém, pessoa física ou moral, capaz de indemnizar e de reparar.** Tudo se passa como se a multiplicação das ocorrências de vitimização suscitasse uma exaltação proporcional da necessidade de se apelar a um ressurgimento social da acusação. **O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala de solidariedade, com o cuidado de reforçar electivamente uma filosofia**

do risco, a procura vindicativa ‘do’ responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos (RICOEUR, 1995, p. 50-51).

Este, pois, o grande e primeiro problema da ampliação desmedida da responsabilização de forma objetiva: a desintegração progressiva do tecido social, num paradoxo auto-mutilante, onde a pretexto de se socializar o risco ao extremo, a bem de que o próximo não sofra, todos, indistintamente, sempre sofram, mesmo sem qualquer causa remota legitimante da imposição de um dever de reparar. Tudo se passa, então, neste extremo, como se a ideia de solidariedade fosse furtada de sua benignidade, restando apenas um injusto dividir de responsabilidades inventadas.

De resto, o excesso na responsabilização gera ainda um outro problema identificado por Ricoeur: assumir responsabilidades exageradas produz desvalorização moral do sujeito e atividades fatalistas. Quer dizer, se todos são responsáveis por tudo, independentemente do quanto façam por não sê-lo, ninguém haverá de ser, ao fim e ao cabo, responsável por nada. Se não há, no extremo de elastecimento da doutrina objetiva, diferença entre um agir zeloso (sempre mais custoso) e um agir desidioso, qual a motivação para se optar pela “coisa certa”, mesmo em termos de puro reconhecimento e apreço social por uma ou outra conduta? O que motivará o agir específica e individualmente comprometido com o outro? Parece, portanto, que, neste extremo, o excesso de responsabilização chega a incitar, paradoxalmente, à irresponsabilidade.

É lógico, sempre é preciso repisar isto neste trabalho para evitar qualquer mal-entendido: o outro extremo, aquele da frouxidão na responsabilização objetiva quando ela se faz necessária, como que numa regressão insustentável à ideia de que só a responsabilização subjetiva seria legítima e bastaria ao direito e à justiça, só pode conduzir ao mesmo resultado da negligência para com a ideia de responsabilidade por um conduzir-se corretamente em sociedade (não só segundo as leis, adiante-se, mas segundo uma ética de responsabilizar-se, *na justa e devida medida*, pelo bem estar alheio – solidariamente –, como se verá adiante).

A questão central é justamente esta neste tema: já que “*in medio stat virtus*”, como encontrar o ponto ideal, intermediário, de tratamento desta problemática na sociedade contemporânea?

Constança Marcondes Cesar (1998, p. 67-75), no ensaio “Responsabilidade e Cosmos”, que aborda a visão do filósofo Paul Ricoeur sobre a questão da noção de responsabilidade na contemporaneidade e suas implicações éticas, a partir de vários escritos seus sobre o tema, publicados entre 1991 e 1995, indica um caminho para a solução desta problemática de modo mais visceral que a proposta por uma simples análise da letra das normas que circunstancialmente disponham sobre o tema:

Um dos grandes problemas para a superação dessas dificuldades é que, na vida em comum de uma sociedade complexa, as microdecisões singulares são diluídas na impessoalidade; o que acontece parece não depender dos sujeitos individuais, e as catástrofes daí advindas não têm diretamente ninguém como responsável. O problema não é novo e Ricoeur mostra a trajetória da questão, partindo de Santo Agostinho, Abelardo, passando por Pascal e Hegel, para abordar a noção de 'dolus indirectus', o efeito não desejado da ação, assim como o **paradoxo da responsabilidade assinalado por Pascal: só boas intenções não bastam para que a ação seja correta; mas assumir responsabilidades exageradas produz desvalorização moral do sujeito e atitudes fatalistas.** Por sua vez, a contribuição de Hans Jonas, segundo Ricoeur, consistiu em ter posto em relevo nosso compromisso com a humanidade futura.

O problema, assim, diz respeito à demarcação dos limites da responsabilidade individual. A **solução** encontrada por nosso filósofo [RICOEUR] **apóia-se na noção de 'justa medida' e na reflexão de R. Spämann.** Este autor evidencia a necessidade de uma **'arbitragem'** entre a **'visão curta de uma responsabilidade limitada com efeitos previsíveis e determináveis de uma ação e a visão longa de uma responsabilidade ilimitada'** ('Le juste', p.68), **escapando-se, desse modo, tanto da 'negligência' quanto aos resultados da ação, quanto da 'responsabilidade exagerada', que impossibilitaria de agir.**

Ou de modo ainda mais sintético, nas palavras do próprio Paul Ricoeur (1995) (no ensaio, "O conceito de Responsabilidade: ensaio de análise semântica", publicado em "O justo ou a essência da justiça"): **"Entre a fuga diante da responsabilidade das conseqüências e a inflação de uma responsabilidade infinita, temos de encontrar a justa medida e repetir como R. Spämann o preceito grego: 'Nada em excesso'."**

Eis aí a ponte entre o problema constatado e um seu início de resolução. Isso nos remete, portanto, ao próximo item, que procura coligar e melhor articular elementos para uma possível solução do problema jurídico de que sejam encontrados, na prática jurisdicional do dia-a-dia, os limites da responsabilização objetiva razoável, para além de uma simples interpretação deste complexo problema a partir da pura letra da lei.

3 CONSIDERAÇÕES PARA AUXILIAR NA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA NA ESFERA JURÍDICA. Duas ideias e um instrumento: (a) Da vitimização generalizada à responsabilidade pelo outro efetivamente vulnerável; (b) Da responsabilidade como reparação à responsabilidade como precaução; (c) Da prudência considerada em seu sentido forte (noção grega de "phoronêsis") como instrumento de discernimento dos efeitos da ação legitimamente imputáveis ao seu autor

Neste *terceiro item*, tenta-se fixar alguns parâmetros que ainda tenham raiz jurídica profunda, para o trato da questão e encaminhamento deste

problema a uma resolução, ainda que o tratamento do ponto exceda, nesse passo, o campo do estritamente jurídico.

Sobre o ponto de que se acabou de tratar, analisa e conclui Ricoeur (1995, p. 59-60):

Para concluir, perguntaremos simplesmente qual poderá ser o efeito dos desenvolvimentos que acabamos de descrever sobre a discussão anterior do direito da responsabilidade. Sinto-me tentado a dizer: um efeito ambíguo.

Por um lado, [1] o deslocamento do 'objecto' da responsabilidade para o outro, vulnerável e frágil, tende incontestavelmente a reforçar o pólo imputação no par imputação singular/risco partilhado: na medida em que **se é tornado responsável pela injunção moral vinda do outro, a seta de uma tal injunção visa um sujeito capaz de se designar como autor dos seus actos. Coloca-se assim um limite à socialização dos riscos e à mutualização anónima das indemnizações.**

Por outro lado, [2] a extensão no espaço, e, sobretudo, o alongamento no tempo do 'alcance' da responsabilidade podem ter um efeito inverso, na medida em que o sujeito da responsabilidade se torna inapreensível à força de ser multiplicado e diluído. Além disso, o distanciamento no tempo entre a acção prejudicial e os seus efeitos nocivos, retirando qualquer significado à idêia de reparação, tende a reforçar o pólo da socialização dos riscos em detrimento do da imputação da acção. **Mas também podemos dizer que, uma vez substituída a idêia de reparação pela de precaução, o sujeito é então novamente responsabilizado em relação à virtude da prudência.** Não poderemos mesmo dizer que, longe de se oporem, pólo a pólo, imputação e risco se recobrem e reforçam mutuamente, na medida em que, numa concepção preventiva de responsabilidade, serão os riscos não cobertos os que nos serão imputáveis?

Foi, por fim, [3] **à virtude da prudência**, que nos reconduziu o dilema suscitado pela questão dos 'efeitos laterais' da acção, entre os quais se classificam os 'prejuízos.' **Mas já não se trata então da prudência no sentido fraco de prevenção, mas de 'prudencia', herdeira da virtude grega da 'phronésis', por outras palavras, no sentido de juízo moral circunstanciado. Com efeito, é para esta prudência, no sentido forte do termo, que é remetida a tarefa de reconhecer, de entre as conseqüências inumeráveis da acção, aquelas por que podemos ser legitimamente responsáveis.** É finalmente este apelo ao 'juízo' que constitui o argumento mais forte a favor da manutenção da idêia de imputabilidade, submetida aos ataques da solidariedade e risco. Se esta última sugestão for válida, então os teóricos do direito de responsabilidade, preocupados em manter uma justa distância entre as três idêias de imputabilidade, de solidariedade e de risco partilhado, encontrarão apoio e encorajamento nos desenvolvimentos que, à primeira vista, parecem fazer derivar a idêia de responsabilidade para bem longe do conceito individual de obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena.

Analisando-se, tem-se o seguinte, então: em primeiro lugar [em 1], o filósofo propõe um primeiro parâmetro ético para encontrar o limite razoável e adequado da noção de responsabilização objetiva, quando de sua aplicação ao mundo concreto, qual seja, o da ideia de ser possível, sim, a responsabilização de alguém pelo “outro vulnerável”, sem necessariamente se ter de falar em culpa por algum ato contrário a lei, imputável a este alguém, mas tudo SOMENTE se este alguém puder ser designado “como autor de seus atos”. Ou seja: somente se houver um real e consistente elemento de conexão entre aquele vulnerável que foi exposto ao risco e ao dano e aquele que é responsabilizado pela efetiva ocorrência deste dano.

Assim preserva-se a ideia de deslocamento necessário de uma relação de causa e efeito pura para uma ideia de solidariedade, de responsabilidade dividida pelo destino de outrem, sem que, no entanto, haja uma coletivização exagerada desta responsabilização que seja totalmente desconectada da realidade. Evita-se, desta forma, que qualquer coisa seja imputada a qualquer um, somente a pretexto de se encontrar, a qualquer custo, um responsável pela desastrosa situação de todo e qualquer vitimado por algum dos múltiplos infortúnios na sociedade contemporânea de risco.

Depois, o filósofo apresenta uma segunda ideia [em 2], que se constitui em um verdadeiro segundo parâmetro ético para balizar a responsabilização objetiva, que pode ser entendida como a ideia de substituição da noção de reparação por uma noção de precaução nestas situações que demandam a utilização da doutrina objetiva. Ou seja, se não se poderá pensar propriamente numa noção de responsabilização derivada de um dever de reparar um específico agir contrário a direito, em determinadas situações, já que a responsabilização se dará sem culpa do agente, que se pense aí, então, em termos de uma responsabilização por falta de prevenção.

O agente responsável, neste caso, então, passa a ser reconhecido como tal porque deixou de prevenir, contribuindo decisivamente para a geração de uma situação amplificada de risco, porque deixou de agir de forma a cobrir um risco que lhe caberia ou lhe seria possível prever. E nisso, novamente, se tem o resgate de uma razoabilidade na aplicação da norma que contenha cláusulas gerais de responsabilização objetiva que resgata a noção de justo e a própria essência do termo responsabilidade, sem apequenar a doutrina objetiva. O excesso é, pois, contido, nesse ponto, por uma justa reconexão entre quem é responsabilizado e o seu possível agir na realidade.

Por fim, o terceiro parâmetro ético [discutido em 3] para balizar a aplicação da lei que contenha cláusula geral objetiva, que parece nascer dos apontamentos do filósofo, é não mais uma ideia propriamente dita, mas uma regra procedimental, ou a indicação de um instrumento para se lidar com estas situações-limite. O filósofo sugere que só se resolvem estas situações mediante a aplicação da “prudencia”, que não tem propriamente o significado corriqueiro de mera cautela, mas de cuidado individualizado com o caso.

de juízo crítico, de justa medida e ponderação acerca das efetivas ocorrências de cada caso concreto.

Vale dizer: há uma tarefa da qual o intérprete e o aplicador da lei não podem se demitir nestes casos extremos, que é a de aquilatar cada pormenor do caso concreto, à luz de seu contexto e de suas circunstâncias, para que se possa **“reconhecer, de entre as conseqüências inumeráveis da ação, aquelas por que podemos ser legitimamente responsáveis”, ou seja, aquelas pelas quais o suposto agente do dano pode ser legitimamente responsabilizado.** E, de novo, com isso, se eliminará ou reduzirá a possibilidade de imputação por algo que fuja extraordinariamente ao que humanamente se possa esperar de outrem na tarefa de responder, sim, pelo “outro vulnerável”, para fins de construção de uma proteção solidária ao risco que seja razoável e que prime por um agir comprometido com a ideia de precaução, mas dentro de limites razoáveis e não desnaturadores da própria essência da noção de responsabilidade.

4 CONCLUSÃO: pelo estabelecimento do primado ético da “justa medida” para a consideração da responsabilização trabalhista objetiva

A análise que se procedeu até aqui de elementos ético-jurídicos, potencialmente norteadores dos limites da responsabilização objetiva, parece indicar que seja possível *construir um modo de abordar* esta questão no campo trabalhista, a partir da identificação de alguns *parâmetros de aplicação das cláusulas gerais de responsabilização* que parecem legítimos, consistentes e úteis para auxiliar na solução de certos casos-limite ou “difíceis”.

Tudo está a indicar que elementos de conteúdo filosófico, de conexão basilar com o jurídico ou com o Direito, porque estão ligados à própria ideia da busca pelo justo, como os exemplificativamente descritos antes, são mais aptos para auxiliar na busca de limites nesta questão, do que elementos de cunho meramente ideológico ou econômico. E isso, pela simples razão de que são mais legitimados a tanto, em razão de sua própria natureza e origem.

De resto, a quem duvidar da utilidade de tais elementos, em razão do certo grau de abstração que envolvem, sugere-se a tentativa de examinar casos concretos a partir de tais parâmetros.

Invocando-se novamente o ensaio do Juiz do Trabalho Luciano Cembranel que traz como exemplos de casos difíceis os acórdãos relativos a motoristas ou cobradores de ônibus assaltados que postulam indenização na Justiça laboral, com solução para ambos os lados em Turmas Regionais diferentes, bem como aqueles de acidentes envolvendo “motoboys” no exercício de suas atividades profissionais, parece ser possível encontrar soluções mais seguras ou consistentes com a utilização do instrumental ético-jurídico sugerido, ou que, ao menos, conduzam a uma menor perplexidade.

Em ambos os casos, fica claro, em primeiro lugar, que só o detido exame casuístico das situações poderá revelar que eventos relevantes podem ser

atribuídos ao empregador do motoboy ou do motorista ou cobrador do ônibus, na condição de suposto objetivamente responsável pelo dano.

Parece, no entanto, se tornar mais fácil definir em que situações, por exemplo, uma empresa poderia ser responsabilizada pelos danos causados ao cobrador ou motorista assaltado no exercício de suas funções, pensando-se em termos de precaução e de efetiva conexão entre os agentes no caso concreto, considerando-se a teoria objetiva. E parece difícil se concluir que o cobrador assaltado em linha de ônibus normalmente não sujeita a esse evento seja indenizado pelo empregador que não “previu” e que não “preveniu” esta eventualidade. Já para o cobrador que estivesse laborando constantemente em linha com frequentes e reiterados assaltos, parece que a solução poderia ser diversa – isso apenas para exemplificar a utilidade de tais ideias no trato destes casos difíceis, ainda que em abordagem muito rápida e superficial como impõe o momento.

É claro, enfim que estas análises devem ser feitas sempre considerando que se fala de responsabilização objetiva, invariavelmente, evitando-se a derivação da teoria para algum comprometimento com a ideia de culpa propriamente dita. Mas, como se viu, o resgate de um mínimo de limite e de essência para a ideia de responsabilidade, mesmo num contexto onde a preservação da responsabilização objetiva é reconhecidamente fundamental, é algo que justifica, por si só, os esforços e os naturais riscos de se levar a termo estas investigações.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CESAR, Constança Marcondes. Responsabilidade e Cosmos. In: CESAR, Constança Marcondes (Org.). *Paul Ricoeur: Ensaíos*. São Paulo: Paullus, 1998. p. 67-75.
- Novo Código Civil Brasileiro: estudo comparativo com o Código Civil de 1916*. Prefaciado por Miguel Reale. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- RICOUER, Paul. *O Justo ou a Essência da Justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NATUREZA DOS DANOS DECORRENTES DO ACIDENTE DE TRABALHO E ESTUDO DOS EFEITOS DAS LESÕES CAPAZES DE OCASIONAR DANOS PSÍQUICOS RELACIONADOS AO ACIDENTE DO TRABALHO

RAQUEL NENÊ SANTOS*

O conceito de acidente do trabalho, de acordo com a Lei nº 8.213/91, é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (artigo 19). As doenças ocupacionais (doença profissional ou do trabalho), consoante artigo 20 da aludida lei, também são consideradas acidente do trabalho¹.

O jurista e professor José Affonso Dallegrave Neto (2008, p. 223), expõe que:

Quando se fala em acidente do trabalho, está-se diante do gênero que abrange: acidente-tipo; doenças ocupacionais e acidentes por equiparação legal. Respectivamente, arts. 19, 20 e 21 da Lei nº 8.213/91. Todas essas espécies de acidente, uma vez tipificadas, produzem os mesmos efeitos para fins de liberação de benefícios previdenciários, indenização civil em ação trabalhista e até mesmo para fins de crime contra a saúde do trabalhador.

O acidente de trabalho-tipo, ou típico, se caracteriza pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo. Nesses acidentes típicos as conseqüências geralmente são imediatas, ao contrário das doenças ocupacionais que se caracterizam por um resultado mediato, porém evolutivo.

* Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Santa Rosa – RS e Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

¹ Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

As enfermidades do trabalhador que se relacionarem com a atividade profissional compõem o gênero *doenças ocupacionais* e são consideradas acidente do trabalho para todos os fins. Subdividem-se em doença profissional e doença do trabalho.

As doenças profissionais, também chamadas pelo professor Dallegrave (2008), tecnopatias ou ergopatias, têm no trabalho sua causa única e eficiente por sua própria natureza. São, pois, as doenças típicas de algumas atividades laborativas como, por exemplo, a silicose em relação ao trabalhador em contato direto com a sílica. Quanto às doenças do trabalho, também denominadas mesopatias, são aquelas que não têm no trabalho a causa única e exclusiva, mas são adquiridas em razão das condições especiais em que o trabalho é realizado. São patologias comuns, mas que, excepcionalmente, a execução do trabalho em condições irregulares e nocivas contribuem diretamente para a sua contração e desenvolvimento.

Todas as enfermidades do trabalhador que se relacionarem com a atividade profissional são consideradas acidente de trabalho para fins previdenciários e indenizatórios, nos termos do art. 20 da Lei 8.213/91.

No âmbito da responsabilidade civil, o dano é o elemento base para a configuração do dever de indenizar. O conceito de dano abrange qualquer lesão a um bem tutelado pelo Direito, podendo ser patrimonial, moral ou estético.

Resumidamente, pode se dizer que dano é a agressão a um bem ou interesse jurídico tutelado.

Para que seja atribuída responsabilidade ao empregador com o consequente deferimento de indenizações em decorrência de acidente de trabalho, lastreada no direito comum, imperativa a comprovação dos seus pressupostos básicos, quais sejam, ação ou omissão (dolo ou culpa), na hipótese de responsabilidade subjetiva, nexos causal e resultado de dano. Se prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva, bastam a comprovação do dano e do nexos causal, pois pode ocorrer a hipótese de indenização sem culpa, mas não há possibilidade de se acolher qualquer pedido de reparação quando não houver dano caracterizado.

Cláudio Brandão (2009, p. 134) afirma que:

A partir do conceito legal, o evento que atinge o empregado deve ocasionar a paralisação de sua capacidade laboral para que seja caracterizado como acidente do trabalho. Exige, portanto, a presença de um dano, que corresponde, de acordo com Aguiar Dias, ao “[...] prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio”.

O dano decorrente do acidente do trabalho ou situações equiparáveis pode atingir a projeção patrimonial ou extrapatrimonial da personalidade da vítima. Na primeira hipótese, será qualificado como dano material, na segunda,

é conhecido como dano moral e/ou estético, embora a denominação sofra críticas². Note-se que a classificação se dá com base no bem atingido.

Cláudio Brandão (2009) sustenta que no caso do acidente do trabalho, o legislador qualifica a natureza do dano causado ao empregado, classificando-o em:

- a) lesão corporal; e
- b) perturbação funcional.

Mencionados danos devem ser capazes de acarretar a morte, perda ou redução, transitória ou definitiva, da capacidade para o trabalho.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer a possibilidade de o acidente ocasionar danos morais e estéticos para o empregado, na medida em que o direito de proteção à saúde compreende a integridade psicofísica, ultrapassando, assim, os limites físicos do corpo humano e podendo alcançar o mais íntimo da sua personalidade.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 219), classifica os danos decorrentes do acidente do trabalho ou situações equiparáveis em danos de natureza material, moral e/ou estético.

O dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, causando por conseqüência uma diminuição do seu patrimônio, avaliável monetariamente. “O dinheiro é a forma e o padrão natural de dimensioná-lo e o instrumento idôneo para bem repará-lo”.

Enfatiza Maria Helena Diniz que o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável (DINIZ, 2002, p. 62).

O ressarcimento dos **Danos Materiais** no acidente do trabalho envolve parcelas de duas naturezas, conforme art. 402 do Código Civil: o que efetivamente o lesado perdeu (dano emergente), representado pelos prejuízos mais visíveis e concretos cujos valores são apuráveis mediante apresentação dos documentos comprobatórios como despesas hospitalares, honorários médicos, medicamentos, terapias, gastos com funeral, etc. *O que efetivamente perdeu*, ou seja, o que, em juízo de comparação, foi reduzido do seu patrimônio, configura o dano emergente e deve ser comprovado pelo autor. Os danos emergentes, em regra, estão no passado, como mencionado. Podem, contudo, excepcionalmente, projetar-se para o futuro, quando certa a perpetuação do dano como, por exemplo, no custeio de cirurgia plástica reparatória. E, ainda, as parcelas referente àquilo que razoavelmente deixou de ganhar (lucro cessante), representado por aquelas parcelas cujo recebimento,

² NORONHA (1981) propõe que o dano moral seja chamado de dano anímico.

dentro da razoabilidade, seria correto esperar. Estes estão localizados no futuro. O juízo, aqui, é de projeção. Pontua Agostinho Alvim (1972, p. 173) que deve ser admitido que *“o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes”*.

Segundo leciona Sergio Cavaliere Filho (2005, p. 97-99), se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente, cuja mensuração importa no desfalque havido no patrimônio da vítima. Já se o objeto do dano é um bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, trata-se de lucro cessante, e que deve ser medido de acordo com o prudente arbítrio do magistrado, ancorado no princípio da razoabilidade.

A indenização prevista no Código Civil em face dos danos materiais visa a compensar o ofendido pela perda ou redução da capacidade laboral, que é paga na forma de pensão vitalícia.

Nos termos do art. 950 do Código Civil de 2002:

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.

A redação é a mesma do art. 1539 do Código Civil de 1916.

Como lucro cessante, no caso do trabalhador assalariado, entende-se que corresponda à remuneração mensal que deixou de receber. Quando constatada a perda total da capacidade para a profissão habitual, a indenização por lucros cessantes converte-se em pensão vitalícia.

Havendo provas de despesas médicas e demais prejuízos causados com a atitude da reclamada, resta configurado o direito ao recebimento de indenização por danos emergentes. Os danos emergentes devem ser provados, visto que configuram as despesas reais decorrentes do evento danoso.

Quanto ao **Dano Moral**, desde logo ressaltamos que a apreciação do tema se dará de forma ampla, diante da sua vastidão. Envolve inúmeras variáveis, desde a sua denominação, ônus da prova, caracterização, critérios de arbitramento e quantificação, razão pela qual nos ateremos a uma singela passagem por alguns conceitos mais conhecidos.

O dano moral (extrapatrimonial, anímico) é o que atinge um direito de personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, imagem, intimidade, sentimentos afetivos) ou da pessoa (nome, capacidade, estado de família). Maria Helena Diniz (2002, p. 83) assevera que *“O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo”*. Ou seja, atinge bens que não são passíveis de avaliação pecuniária.

O dano moral tem *status* constitucional desde o advento da Constituição Federal de 1988, através do inciso V do artigo 5º, pelo qual, literalmente, “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e do inciso X do mesmo dispositivo constitucional que diz, *in verbis*: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

Tem-se que o dano moral é a lesão sofrida por alguém no seu patrimônio de valores ideais, como a honra e a imagem pessoal e pública. Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1991, p. 553) diz que “[...] a única maneira aceitável de conceituar o dano moral é fazê-lo de modo negativo, como tal considerado o dano não-patrimonial. Está hoje bastante generalizada a definição do dano moral como todo e qualquer dano extrapatrimonial”.

José de Aguiar Dias (206, p. 992) o define de forma excludente em relação ao dano patrimonial, ao afirmar que se configura quando não há correspondência com as características do dano patrimonial e conclui

A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial. [...] Dano moral [...] é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.

Sobre o dano moral, citamos Bittar (1993, p. 34)

[...] É que nem toda violação a direito da personalidade traduz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral, diante da multiplicidade de fatores que, em concreto, podem interferir, como: as condições da pessoa; suas reações; seu estado de espírito; a gravidade do fato violador; a intenção do agente e outros tantos.

De outra parte, conforme ensinamentos de Júlio Bernardo do Carmo (1996, p. 122)

O dano moral reveste-se de caráter atentatório à personalidade, pois se configura através de lesões a elementos essenciais da individualidade. Como assevera Limongi França, a ordem jurídica reconhece às pessoas os chamados direitos da personalidade, incidentes sobre elementos materiais e imateriais, e que compõem a respectiva estrutura, a fim de possibilitar-lhes a individualização e a identificação do meio social, permitindo-lhes o conseqüente alcance das metas visadas.

Nesta ordem de idéias, quando determinados fatos lesivos dos componentes da personalidade produzem danos morais, os mesmos na

prática devem ser ressarcidos, impondo-se assim o império da justiça, até porque todo e qualquer dano deve ter como substrato o respectivo direito de ação tendente à obtenção da reparação devida.

Para que exista um dano indenizável é necessário concorram os seguintes requisitos: a) um interesse sobre um bem que haja sofrido diminuição ou destruição pertencente a uma pessoa; b) a lesão ou sofrimento deve afetar um interesse próprio; c) deve haver certeza ou efetividade do dano, ou seja, o dano deve ser certo; d) o dano deve subsistir ao tempo do ressarcimento.

É, em síntese, o dano que se relaciona à esfera pessoal do ofendido, de larga ocorrência no contrato de trabalho, marcado pelo caráter sucessivo e de trato diário envolvendo as pessoas do empregado e empregador, além da natureza pessoal da relação havida e do estado de sujeição de uma das partes à outra.

Principalmente no campo dos acidentes de trabalho ou situações equiparáveis, encontramos solo fértil para a incidência do dano moral. Relacionando-se o dano moral com a esfera pessoal do ofendido, com seu patrimônio moral e atingindo valores como a vida, integridade física, liberdade, intimidade, vida privada, honra e imagem, a existência de dano decorrente de acidente de trabalho, com quebra da harmonia orgânica do ser humano é suficiente para ensejar a reparação por dano moral, pois com ela advém uma inabilitação total ou parcial.

Ainda quando a lesão decorrente do acidente de trabalho compromete ou altera a harmonia física da vítima pode ser cabível a indenização por **Dano estético**.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 243) assinala que:

Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado, como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeiamento ou apenas desperte a atenção por ser diferente.

Prossegue o autor afirmando que o comprometimento estético não caracteriza, no seu entendimento, um terceiro gênero de danos, mas representa uma especificidade destacada do dano moral, sobretudo quando não produz repercussão de natureza patrimonial como ocorre no caso de um artista ou modelo. Aliás, pontua Teresa Ancona que o dano à estética pessoal é uma das espécies do gênero dano moral (LOPEZ, 2004, p. 21 apud Oliveira, 2011, p. 243).

Ensina Maria Helena Diniz (2002, p. 73)

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos,

ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Leciona, ainda, Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 244), que mesmo estando o dano estético compreendido no gênero dano moral e tendo predominado por um bom tempo o entendimento de que a indenização desse dano, por ser mais ampla, já abrangia o dano estético,

[...] a doutrina e a jurisprudência evoluíram para deferir indenizações distintas quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. O dano estético está vinculado ao sofrimento pela deformação com seqüelas permanentes facilmente percebidas, enquanto o dano moral está ligado ao sofrimento e todas as demais conseqüências nefastas provocadas pelo acidente.

Atualmente, ainda se verifica o surgimento de novas categorias de danos indenizáveis, como a perda de uma chance e o dano psíquico como efeito psíquico das lesões físicas, tanto que o Código Civil de 2002 relacionou no art. 948 as indenizações cabíveis no caso de homicídio, mas deixou a ressalva: “*sem excluir outras reparações*”. No mesmo sentido o art. 949, quando indica os danos indenizáveis decorrentes de lesão ou ofensa à saúde, assegura o complemento da reparação “*de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”.

Nessa linha de entendimento e referindo-se à possibilidade de indenização pela **Perda de uma Chance**, o Professor Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 246-247) afirma

Não há mais dúvidas, portanto, quanto ao cabimento da reparação dos danos materiais, morais e estéticos. Contudo, o dano indenizável deve ser certo, atual e subsistente. Não cabe indenizar o dano incerto, hipotético ou que eventualmente possa ocorrer. Daí porque o art. 403 do Código Civil restringe a indenização ao dano direto e imediato, ou seja, ‘as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato’.

Entretanto, o progresso da civilização impulsiona também o aperfeiçoamento do Direito, possibilitando o advento de novas figuras jurídicas para tutelar a reparação de lesões mais sutis, até então inobservadas.

[...]

A perda de uma chance, como categoria nova, engloba um percentual do provável dano, que pode abranger tanto o lucro cessante como o dano emergente. Pode, ainda, gerar indenização por danos morais, em razão da intensa decepção ou frustração causada. Desse modo, não pode ser enquadrada, no sentido estrito, como dano emergente, lucro cessante

ou dano moral. Daí porque Raimundo Simão de melo situa a perda de uma chance em uma terceira espécie intermediária de dano, localizada entre o dano emergente e o lucro cessante.

Em muitas ocasiões, o acidente do trabalho ou a doença ocupacional provoca a incapacidade total ou parcial da vítima, de forma permanente ou temporária, retirando-lhe a chance de alcançar provável vantagem ou progresso na carreira. Deve-se indenizar, então, a chance perdida e não o dano provável, ou seja, um percentual referente à probabilidade de ganho que acabou frustrada.

Prossegue o mencionado autor esclarecendo que a indenização pela perda de uma chance não se equipara e nem se confunde com àquela prevista no art. 129 do Código Civil³, pois na perda de uma chance indeniza-se um provável prejuízo, sendo imprescindível que o evento danoso tenha impedido uma real probabilidade da vantagem e não uma simples possibilidade; na hipótese do art. 129, considera-se implementada a condição, apurando-se o dano total.

A doutrina italiana construiu, ainda, o conceito de **Dano Psíquico** para as hipóteses em que sequelas provocadas por acidentes do trabalho, seja a própria dor, o sofrimento e o sentimento que assolam a vítima, podem abatê-la sobremaneira a ponto de o sofrimento gerado pela lesão física terminar por proporcionar-lhe graves danos à saúde, sendo esta espécie de dano definido como a injusta turbação psíquica do sujeito que provoca uma modificação de sua saúde psíquica, com alteração, temporária ou permanente, de sua função psíquica.

Por definição, o **Dano Psíquico** seria

[...] uma doença psíquica nova na biografia de uma pessoa, relacionada causalmente com um evento traumático (acidente ou situação equiparável), que tenha resultado em um prejuízo das aptidões psíquicas prévias e que tenha caráter irreversível ou, ao menos durante longo tempo (BALLONE, 2008).

Segundo Cláudio Brandão (2009) seria o dano biológico do tipo psíquico ou o dano-evento que consiste numa injusta violação da integridade psíquica da pessoa.

Pode haver uma grande discrepância entre o enfoque legal ou jurídico e o enfoque médico para se conceituar o dano psíquico sob o ponto de vista do dever de indenizar. O enfoque que daremos aqui, pretende estabelecer critérios mais ou menos objetivos (e rígidos) para esse diagnóstico, já que

³ Art. 129 do Código Civil: Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

implicará em indenizações e o enfoque médico é mais preocupado com a qualidade de vida, com o sofrimento e com o desconforto emocional das pessoas.

Para o Direito, o problema não é apenas detectar quem sofre algum prejuízo emocional depois de um evento lesivo ou traumático, a partir do qual sua felicidade jamais será a mesma, mas o principal problema para os operadores do Direito está em pegar esse ato e transformá-lo numa proposta com objetivos de se estabelecer quanto ou SE vale algum ressarcimento, bem como se alguém tem que pagar por isso.

Para que um sofrimento emocional chegue a ser considerado Dano Psíquico, deverá reunir determinadas características. Em primeiro lugar deve-se fazer uma distinção bem precisa entre Dano Psíquico e *Transtorno Mental*.

Segundo o Médico Psiquiatra Geraldo José Ballone (2008), o Dano Psíquico se caracteriza por um prejuízo emocional capaz de resultar em comprometimento das funções psíquicas, de forma súbita e inesperada, surgida após um evento traumático (ação deliberada ou culposa de alguém e que traz para a vítima um prejuízo material ou moral decorrente da limitação de suas atividades habituais ou laborativas). Portanto, o Dano Psíquico deve, obrigatoriamente, guardar uma relação causa-efeito incontestável.

Prossegue o mencionado autor,

[...] já a expressiva maioria dos Transtornos ou Doenças Mentais, ainda que também resultem em alteração das funções psíquicas, segundo a moderna psicopatologia, teriam sua origem em causas naturais e biológicas, não podendo ser atribuídos, exclusivamente, a alguma injúria emocional, embora possam ser agravados por ela.

Na avaliação do Dano Psíquico devemos restringir a análise, mediante designação de perícia psiquiátrica específica, aos transtornos psíquicos incapacitantes e permanentes, atribuindo ao psiquiatra especificar o grau dessa incapacidade. Quando não for incapacitante a vítima pode ser ressarcida, mas não como Dano Psíquico e, sim, como Dano Moral.

Observadas as especificidades de cada caso e as regras de psiquiatria, o que se tem observado na literatura médica é que para o referido diagnóstico há, pois, a necessidade imperiosa de 4 elementos:

1. Um prejuízo na performance da pessoa decorrente de alteração mórbida de alguma esfera psíquica que nunca existira antes do ocorrido;
2. Uma causa ou evento relevante, diretamente relacionado e a partir do qual a alteração mórbida da esfera psíquica passou a existir;
3. Um diagnóstico médico preciso (normalmente utilizando as classificações internacionais) de qual seria essa alteração psíquica mórbida.
4. Que o prognóstico do dano seja concretamente ruim, ou seja incapacitante e permanente.

Sugere, ainda, o especialista, que no laudo objetivando a verificação do Dano Psíquico, as seguintes diretrizes devem ser observadas:

- a) estabelecer com clareza uma dimensão clínica para o problema atual, ou seja, um claro e preciso diagnóstico médico, preferentemente baseado nos critérios do CID.10 ou DSM.IV sobre o estado atual do examinado;
- b) uma dimensão psicopatológica evolutiva, seguindo os conceitos jasperianos de “fase ou reação”, “processo” e “desenvolvimento” do quadro atual. Esse é um dos critérios mais suficientemente idôneos para argüir se o estado atual é, de fato, uma doença que se desenvolveu como consequência de um evento (desenvolvimento) ou uma mera continuação de um estado mórbido prévio que já vinha paulatinamente agravando-se (processo);
- c) uma dimensão causal, a qual deve ser clara e não deixar dúvidas, estabelecendo-se a relação entre o estado atual e o evento danoso;
- d) uma dimensão praxica. Nesse caso o perito verificará se a pessoa dispunha de qualidades, habilidades e aptidões mentais que foram irremediavelmente perdidas;
- e) uma dimensão cronológica ou temporal do dano. Nesse item procura-se atestar a transitoriedade ou permanência dos transtornos mentais diagnosticados, referindo quais as possibilidades da doença passar a ser crônica ou temporária.

Esclarece, o médico psiquiatra Geraldo José Ballone (2008), que os esforços depreendidos pelo perito na observância dos 5 itens acima são destinados a se constatar (ou não) a existência de uma entidade psiquiátrica coerente e ocasionada pelo evento traumático, ou seja uma doença claramente classificada e classificável nos critérios internacionais de classificação. Isso significa que as doenças mentais não podem ser suspeitadas (muito menos simuladas) sem uma coerência sintomática e uma observância dos critérios estabelecidos pela comunidade científica (CID.10 e DSM.IV).

Não se confunde com o dano moral que, de acordo com Cláudio Brandão (2008, p. 136) citando Gennaro Giannini, afirma significar o dano-consequência consistente na dor e no sofrimento apartado da lesão. Ainda importa referir que o dano moral não obstante possa ser entendido como um dano psíquico, não gera incapacitação. Assim, quando as sequelas por um acidente de trabalho ou situações equiparáveis geram efeitos de ordem moral não incapacitantes por si só, estamos diante de reparação por dano moral. Mas se tais efeitos são de ordem incapacitante e de caráter duradouro ou irreversível, estamos diante de outra espécie de dano passível de reparação, qual seja o dano psíquico decorrente do acidente de trabalho.

Para que um sofrimento emocional chegue a ser considerado Dano Psíquico, deverá ser incapacitante por um período considerado razoável ou de forma definitiva, pois caso contrário, a vítima pode ser ressarcida, mas não como Dano Psíquico e, sim, como Dano Moral.

A referida INCAPACIDADE deve prejudicar de maneira permanente ou por longo período de tempo uma ou várias funções da pessoa que a apresenta:

- Incapacidade para desempenhar suas tarefas habituais;
- Incapacidade para trabalhar;
- Incapacidade para ganhar dinheiro;
- Incapacidade para relacionar-se (BALLONE, 2008).

O Dano psíquico, tal como o dano físico, é caracterizado pela identificação de alguns aspectos físicos e psicológicos que fazem parte de uma cadeia de eventos (microtraumatismos, constrangimentos) que evoluem ao longo de um processo de adoecimento, mas que também podem resultar de imediato ao fato traumático ou acidente, que por sua intensidade ou magnitude, impõe o dano.

No Dano Psíquico, os seguintes aspectos comportamentais devem estar presentes:

- Alteração de comportamento (sono, concentração, alimentação, irritabilidade...);
- Alteração nas competências cognitivas ou relacionais;
- Restrição nas relações afetivas;
- Aumento do grau de constrangimento e desconforto que implica limitação do grau de autonomia;
- Perda ou diminuição da auto-estima, grau de insegurança, motivação com estresse prolongado;
- Diminuição na qualidade de vida;
- Reatividade fisiológica.

Os conteúdos são, portanto, diversos e inconfundíveis: o dano biológico é a lesão ao estado de saúde, ao equilíbrio psíquico da pessoa; consiste na mudança depreciativa do modo de ser da pessoa; é a causa da redução da eficiência psíquica da vítima ou de sua capacidade social no sentido amplo da expressão, ou mesmo de sua capacidade laborativa. Em suma, o que importa para caracterizá-lo é o impedimento da pessoa em viver a vida na intensidade e na extensão originária e que passou a existir como uma nova situação após a ocorrência do evento danoso; o dano moral é a consequência aflitiva do evento lesivo.

Difere, ainda, o dano psíquico em tela de algumas neuroses mentais que podem ter como causa condições especiais de trabalho ou algum tipo de estresse ocupacional, a exemplo da Síndrome de *Burnout*.

A Síndrome de *Burnout* ou síndrome do esgotamento profissional, é um distúrbio psíquico que se revela em estados de tensão emocional e estresse crônicos provocados por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas desgastantes. Está-se, portanto, diante de uma espécie do gênero

doença ocupacional e não de um efeito psíquico gerado em decorrência de sequelas ou lesões oriundas de acidente de trabalho.

Importante, ainda, salientar que **NÃO** se consideram DANOS PSÍQUICOS:

- Sintomas psíquicos isolados;
- Doenças que não tenham surgido por causa do evento;
- Quadros psíquicos que não tenham relação causal com o acontecimento alegado;
- Quadros não-incapacitantes (sem prejuízo nas aptidões mentais);
- Quadros transitórios ou não cronificados (por serem suscetíveis de tratamentos temporários, são passíveis de licença e não de indenização) (BALLONE, 2008).

Via de consequência, nos afigura perfeitamente possível a cumulação de indenização por dano moral, como consequência aflitiva do evento danoso, com a indenização por dano psíquico, eventualmente comprovado nos casos em que as lesões resultantes do acidente do trabalho ou situações equiparáveis ocasionem um dano biológico de natureza psíquica incapacitante e que resulte comprometimento da função psíquica da vítima.

A perícia psicológica ou psiquiátrica nos casos de alegação de dano psíquico diverso do dano moral e decorrente de acidentes de trabalho, tem caráter de vistoria. Sua determinação pelo Juiz, de ofício, tem amparo no art. 765 da CLT, no art. 3º da Lei 5.584/70 e art. 440 do CPC. Busca a avaliação do nexos causal (relações de determinação) entre as condições de trabalho (exigências, cargas riscos ou acidente de trabalho) e comprometimento nos processos psicológicos (alterações perceptivas, cognitivas e afetivas).

A designação de perícia vem sendo amplamente adotada também nos casos de alegação de assédio sexual, seja para fins de indenização por dano moral ou, ainda, quando ocasione o desenvolvimento de um dano psíquico.

Não obstante se apresente tormentosa a tarefa de delimitar o âmbito de incidência de cada um dos danos que geram efeitos tanto sobre a esfera patrimonial, quanto sobre a esfera psíquica e pessoal do ofendido, não se pode negar a existência das espécies mencionadas, sob pena de subtrair do prejudicado o direito à indenização ampla e completa, assegurada pelo princípio milenar da *restituto in integrum*.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 4. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1972.

BALLONE, Geraldo José. Dano Psíquico. *PsiquWeb*, 2008. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=19>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.213 de 1991, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

CARMO, Júlio Bernardo do. *O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho*. 2. ed., Belo Horizonte: RTM, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed., v. 7, São Paulo: Saraiva, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1981.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 55, nº 5, p. 552-559, maio 1991.

INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO, COM ENFOQUE NAS QUESTÕES RELATIVAS À QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS NA HIPÓTESE DE O TRABALHO SE APRESENTAR COMO UMA CONCAUSA DA MOLÉSTIA APRESENTADA PELO TRABALHADOR E À QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL ACIDENTÁRIO, INCLUSIVE QUANDO POSTULADA PELOS FAMILIARES DO TRABALHADOR FALECIDO

RUBIANE SOLANGE GASSEN ASSIS*

A Revolução Industrial trouxe progresso e conquistas imensuráveis para toda a sociedade. Todavia, trouxe em seu bojo consequências altamente prejudiciais para os trabalhadores, que forneceram a energia necessária para tal evolução.

Humberto Theodoro Júnior (1987, p. 1) sintetiza a relevância de tal momento histórico e suas consequências referindo que

O século passado encontrou na Revolução Industrial o caminho para a maior arrancada de progresso que a história do homem já conheceu e trouxe consigo a esperança de pleno emprego, do trabalho para todos, com melhores rendimentos para os obreiros, porque a procura de mão-de-obra chegou a superar a oferta nos países mais civilizados.

Mas do lado da euforia gerada pelo novo campo de trabalho, descobriu-se logo que o preço de manutenção do estado industrial era elevado, no que dizia respeito ao risco que a vida e a saúde humanas passaram a correr em seu convívio íntimo e constante com a maquinaria industrial.

As alterações ocorridas nas estruturas sociais em decorrência dessa evolução e o surgimento de problemas relacionados à saúde do trabalhador determinaram a necessidade de alterações também no ordenamento jurídico, tais como a inserção do conceito de acidente do trabalho em textos legais e a

* Juíza do Trabalho Substituta – Tribunal do Trabalho da 4ª Região.

previsão de suas consequências para órgãos de previdência social e também para os empregadores.

Historicamente, no direito comparado, destacam-se três grandes grupos que apresentaram entendimentos divergentes acerca das consequências jurídicas dos acidentes do trabalho, correspondentes ao grupo germânico, ao grupo anglo-saxônico e ao grupo francês.

O primeiro desses adotou a orientação de que, em relação aos acidentes do trabalho, deve haver uma completa intervenção estatal, assumindo o Estado o completo monopólio dessas questões, submetendo às empresas, porém, a um seguro obrigatório.

O segundo grupo, formado por países como a Inglaterra, a Austrália e o Canadá, se orientou pela ideia de liberalismo, não prevendo obrigação de seguro e tampouco jurisdição especial ou garantias especiais.

O terceiro grupo, por sua vez, apresentou posição intermediária entre os grupos anteriores, adotando medidas visando a garantir o pagamento de indenizações devidas em decorrência de acidentes do trabalho.

No ordenamento jurídico pátrio, a evolução da legislação culminou com previsão expressa do conceito de acidente do trabalho, definido como “[...] o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”, bem como com a previsão de patologias equiparadas a acidente de trabalho.

Nos termos da legislação previdenciária vigente,

Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

No ordenamento jurídico pátrio atual, a ocorrência de acidente do trabalho possibilita a responsabilização do empregador pelos prejuízos sofridos pelo trabalhador e, em que pesem as divergências de entendimento acerca da responsabilização objetiva ou subjetiva do empregador, a legislação vigente permite ao trabalhador a busca de reparação pelos danos materiais e morais suportados em decorrência do acidente do trabalho ou doença a esse equiparada.

Esses danos apresentam, em regra, a característica da irreversibilidade, não permitindo o retorno ao *status quo ante*. A reparação buscada pelo trabalhador,

portanto, se restringe ordinariamente a uma compensação em relação aos danos suportados.

Em decorrência de tal circunstância, para a fixação da indenização compensatória em pecúnia, devem ser considerados todos os prejuízos sofridos, sejam eles presentes e futuros.

Conforme Raimundo Simão de Melo (2011, p. 140),

A melhor e mais completa reparação é aquela que permite e possibilita o retorno do bem lesado ao status quo ante, ou seja, ao estado anterior em que se encontrava aquele antes do evento danoso. Mas, como se sabe, nem sempre é possível, pelas características do dano e do bem lesionado, restituí-lo in integrum. É o que ocorre, regra geral, no caso dos danos decorrentes de acidentes do trabalho, porque ou a vítima será fatal, ou, na maioria das vezes, ficará incapacitada total ou parcialmente para o trabalho e às vezes até para os demais atos da vida civil.

Desse modo, é comum converter-se a reparação propriamente dita em indenização compensatória, consistente no pagamento de uma indenização em pecúnia. Para tanto, devem-se levar em conta todos os prejuízos presentes e futuros (danos emergentes e lucros cessantes).

Nas situações em que a atividade laboral se apresenta como única causa dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, o ordenamento jurídico possibilita a responsabilização do empregador pela totalidade dos danos sofridos, os quais abarcam danos emergentes, lucros cessantes e danos de ordem moral.

Todavia, por vezes a atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador, não se apresenta como causa exclusiva ou por si só determinante do surgimento de determinada moléstia.

Consoante às lições de Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 55-56),

Para o acidente de trabalho em sentido amplo, podem contribuir causas ligadas à atividade profissional com outras extralaborais, sem qualquer vínculo com a função exercida pelo empregado. Além disso, mesmo o acidente já ocorrido pode ser agravado por outra causa, como, por exemplo, um erro cirúrgico no atendimento hospitalar ou a superveniência de uma infecção por tétano, depois de um pequeno ferimento de um trabalhador rural.

[...]

As concausas podem ocorrer por fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes com aquela causa que desencadeou o acidente ou a doença ocupacional.

Nas situações em que constatado que a atividade laboral se apresenta como uma das causas do surgimento ou, ainda, do agravamento da moléstia de que foi acometido o trabalhador, tal circunstância deve ser levada em consideração para fins de fixação dos valores devidos a título de indenização,

inclusive em relação a danos emergentes, em atenção aos termos do artigo 5º, V, da Constituição da República e artigos 389 e 927 do Código Civil.

Na jurisprudência pátria trabalhista, verifica-se a observância de tal circunstância para fins de delimitação dos valores devidos a título de indenização em favor do trabalhador.

No âmbito da Justiça do Trabalho, em que pese ocorra a consideração da situação de concausa para fixação do montante devido a título de indenização, ordinariamente, em face da ausência de critérios específicos a possibilitar a apuração do efetivo grau de contribuição da atividade laboral para o surgimento ou agravamento da moléstia, é atribuído ao empregador o percentual de 50% em relação à totalidade do prejuízo apurado, em relação ao qual é determinado o pagamento de indenização.

No entanto, deve-se ponderar quanto à necessidade e razoabilidade da busca de elementos mais precisos para fins de delimitação de tal percentual, de forma a atribuir ao empregador a responsabilidade pela efetiva proporção que a atividade laboral desempenhada em seu favor contribuiu para o surgimento ou agravamento da lesão.

Em diversas situações, é possível ao próprio perito médico de confiança do Juízo estabelecer grau aproximado de efetiva contribuição da atividade laboral para a ocorrência ou para o agravamento da moléstia, sendo necessário, no entanto, a formulação de quesito específico a esse respeito, a qual pode ser efetuada pelo próprio Juízo.

A adoção de tal conduta viabiliza que se obtenha a necessária compensação ao trabalhador pela lesão sofrida de forma proporcional ao dano praticado pelo seu empregador.

Essa proporcionalidade também deve ser constatada quando da fixação de indenização por danos morais sofridos pelo trabalhador em decorrência de acidente do trabalho ou de doença a esse equiparada.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 97-98),

[...] na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica o razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade.

No entendimento desse autor, não se apresenta razoável a fixação de indenização a título de danos morais em valor muito superior aquele a ser adimplido à vítima a título de danos materiais.

Todavia, em determinadas situações, tem-se por viável e razoável a fixação de indenização por dano moral em valores significativamente superiores aqueles devidos a título de dano material, tendo em conta, além da proporcionalidade da contribuição da atividade laboral para a ocorrência do acidente, ou para o surgimento ou agravamento da moléstia, o caráter punitivo e, principalmente, pedagógico da medida.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2006, p. 197) traz algumas diretrizes a serem observadas quando do arbitramento da indenização por dano moral, sistematizando que

- a) a fixação do valor obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e combater a impunidade;
- b) é imprescindível considerar o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente ou da doença ocupacional;
- c) o valor arbitrado não deve servir para enriquecimento da vítima nem de ruína para o empregador;
- d) o arbitramento deve ser feito com a devida prudência, mas temperada com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto de ciência jurídica;
- e) deve-se ter em conta a situação econômica das partes, especialmente para que a penalidade tenha efeito prático e repercussão na política administrativa da empresa.

Conforme as lições de Raimundo Simão de Melo (2011, p. 179),

A reparação em dinheiro destina-se a neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, desonra, vergonha, angústia, etc, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilita ao ofendido algum prazer que, em certa medida, pode atenuar o sofrimento. Trata-se de reparação por equivalência, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido. Mas também se visa com a reparação por dano moral admoestar o ofensor para que não mais pratique atos atentatórios ao direito da personalidade, prevenindo, assim, tais ocorrências.

Disso decorre que a natureza da reparação por dano moral é tríplice: reparatória/satisfativa, sancionatória/punitiva e admoestativa/preventiva, pois vis a criar possibilidade para o ofendido satisfazer-se de forma jurídica mais adequada, tranquilizando-o do sentimento natural de vingança, e a servir de exemplo para o infrator, acarretando-lhe uma perda no patrimônio.

As empresas possuem, em regra, sistemática de cálculos a respeito dos custos de investimentos em condições de segurança do trabalho para seus empregados em relação aos gastos a serem eventualmente suportados em

decorrência de uma ação de indenização decorrente de acidente do trabalho ou de doença a esse equiparada.

Nesses cálculos, por vezes, apresenta-se mais vantajoso para a empresa assumir os riscos de eventual ação indenizatória e de pagamento de valores a título de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho do que investir em equipamentos, treinamentos e políticas de segurança no trabalho.

Em razão disso, a empresa mantém seus trabalhadores em condições de risco, não fazendo uso de todas as ferramentas à sua disposição para combatê-las por lhe ser economicamente vantajoso.

Tais circunstâncias, bem como o poderio econômico do empregador, devem ser levadas em consideração quando da fixação do *quantum* indenizatório de forma que esse acarrete repercussão na política administrativa da empresa.

Por vezes, no entanto, o juízo não tem informações a respeito das condições econômicas da empresa, de forma a aferir que montante se apresenta adequado para a obtenção do resultado prático que se pretende. Em diversas situações, não se constata a presença no feito de elementos acerca das condições financeiras da empregadora e tampouco apresenta o magistrado algum conhecimento a esse respeito por não integrar a comunidade em que essa está estabelecida.

Nesses casos, apresenta-se razoável a ponderação quanto à necessidade e razoabilidade da busca de elementos acerca de tais condições, a exemplo da determinação de juntada de registros contábeis/financeiros da empregadora, de forma a que se obtenham informações mais precisas acerca do poder econômico do empregador e perspectivas quanto às consequências da indenização na política administrativa desse, notadamente a prevenção quanto à reincidência do ato ilícito.

A adoção de tal conduta também deve ser ponderada nas situações em que ocorrido o falecimento do trabalhador em decorrência de acidente do trabalho e há pedido de pagamento de indenização pelos familiares do empregado falecido.

Segundo José Affonso Dallegrave Neto (2010, p. 450) poderá ser objeto de fixação em demanda judicial a indenização devida em decorrência do abalo moral sofrido pelos familiares da vítima, bem como a indenização devida em relação chamado “dano morte”.

Conforme lições desse autor,

[...] o chamado ‘dano morte’, figura relativamente nova na doutrina pátria, mas que já se encontrava majoritária na jurisprudência portuguesa. Segundo Douglas Phillips Freitas, ‘o dano morte é o dano extrapatrimonial, indenizável, decorrente da perda da vida do ser humano, reclamado e pago ao seu espólio’. Como se vê, o fundamento desse dano não se encontra na dor dos parentes do de cujus, mas no fato em si da perda

da vida da vítima que, ao morrer, deixou de satisfazer as suas necessidades e expectativas legítimas.

[...]

Há distinção ontológica entre o dano moral do familiares e o dano morte devido à vítima. Este indeniza o morto pela perda de seu bem maior (a vida), sendo do espólio a legitimidade ativa para postular em juízo a reparação. Aquele que indeniza a dor própria dos familiares e entes com forte laço afetivo em relação à perda abrupta de seu ente querido causada por culpa do agente, sendo deles próprios (entes queridos) a legitimidade ativa para postular o referido dano moral, vez que a legitimidade ad causam do espólio não abrange as ações judiciais que envolvam direitos personalíssimos de terceiros.

Na hipótese de fixação de valores a título de indenização por dano moral em favor dos familiares do falecido trabalhador (dano moral próprio desses) e em favor do espólio (nas situações em que considerado devido o pagamento de valores a título da “dano morte”), tem-se por relevante a atenção aos critérios acima mencionados, notadamente o poder econômico do ofendido e do ofensor, de forma que haja a compensação pela lesão sofrida e este se sinta compelido a adotar as medidas de segurança necessárias à preservação da integridade física e psíquica de seus trabalhadores.

É importante ressaltar que, ainda conforme lições de José Affonso Dallegrave Neto, na situação de falecimento do trabalhador em decorrência de acidente do trabalho, poderão ingressar com ação indenizatória por dano moral todos aqueles que mantinham laço afetivo com o *de cuius*.

Segundo esse autor, deve ser fixado um valor único a título de indenização por dano moral devida pelo empregador, em decorrência de sua responsabilidade pelo acidente (o qual, tem-se que deve atentar inclusive para os critérios relativos ao poder econômico do empregador e o caráter admoestativo/preventivo da indenização), a qual deverá ser rateada “[...] *em partes iguais de forma similar à forma de partilha do dano material, conforme aplicação analógica do art. 77, § 1º, da Lei nº 8.213/91*”. Saliencia esse autor, ainda, que “*será possível, em circunstâncias especiais, que o julgador arbitre valor diferenciado de acordo com a proximidade mantida entre o falecido e as partes demandantes*” (DALLEGRAVE, 2010, p. 450).

A fixação de um valor único a esse título viabiliza que não seja o empregador responsabilizado em duplicidade, porém possibilita que esse compense as vítimas em relação aos danos a que deu causa e compreenda a necessidade de alterar a política administrativa de seu empreendimento econômico e proceda às alterações devidas.

A utilização dos critérios acima mencionados, quando do exame de demandas judiciais, em última análise, permite a eliminação de diversas consequências prejudiciais trazidas pela revolução industrial e pelos avanços industriais e tecnológicos no âmbito das relações laborais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*: Lei dos Planos e Benefícios da Previdência Social. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil Comum*. São Paulo: Saraiva, 1987.

O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE (SINGULARIDADE) É APLICÁVEL NA FASE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA?

MANUEL CID JARDON*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do princípio da unirrecorribilidade (singularidade); 3 Os embargos à execução e à penhora têm a natureza de ação e não de recurso, conforme consta no acórdão?; 4 A jurisprudência, ao justificar a possibilidade de o executado propôr embargos à execução e à penhora, com base na natureza jurídica desses embargos, não estaria apoiando-se em uma falácia (argumento de falsa causa)?; 5 A expressão “embargos”, referida no caput do artigo 884 da CLT, autoriza a interpretação de que existem dois tipos de embargos (à execução e à penhora) na fase de execução?; 6 Se o prazo para a interposição dos embargos (execução, denominação correta ou à penhora, denominação incorreta) é comum (igual), justifica-se a sua apresentação por peças apartadas, se ambos podem tratar de matéria de natureza idêntica?; 7 Considerações parciais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é motivado pela análise de um caso concreto extraído do cotidiano do judiciário trabalhista e tem por objetivo aprofundar o estudo do princípio da unirrecorribilidade na fase da execução trabalhista, principalmente, quando a empresa executada opõe, dentro do prazo de 5 (cinco) dias previsto no artigo 884 da CLT, os embargos à execução e à penhora em peças apartadas, ainda que, na mesma data.

Justificamos o interesse de investigar as situações cotidianas, porque a cotidianidade está presente na esfera judicial, e a vida cotidiana faz parte da natureza humana.

Este ensaio discorre acerca do exame de Acórdão, referente a um processo que transitou pela 21ª Vara de Porto Alegre, cujo teor da ementa refere que:

Não há óbice à oposição de embargos à penhora e embargos à execução em peças apartadas, uma vez que se tratam de ações autônomas e enfrentam matéria de natureza diversa. Ausência de violação ao princípio da unirrecorribilidade.

* Mestre em Letras (Linguagem, Interação e Processos de Aprendizagem) pelo Centro Universitário Ritter dos Reis de Porto Alegre. Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara de Porto Alegre. jardon@portoweb.com.br.

O julgamento acima decorreu, em razão de a reclamada ter-se insurgido contra a penhora de seus créditos. Efetivada a penhora da quantia equivalente a R\$ 160.000,00, a reclamada, no mesmo dia e data, porém, em horários diferentes, opõe embargos à penhora (no protocolo geral, cujo horário encerra-se às 18h), para atacar a ilegalidade da penhora que atenta contra o princípio da continuidade dos serviços públicos e opõe embargos à execução por meio eletrônico (recebido às 19h48min. – como se fosse um aditamento), para discutir somente a aplicação da Taxa Selic.

Esclarecemos que, enquanto a jurisprudência adota o entendimento de que o ajuizamento dos embargos constituem-se ações novas e independentes, a doutrina inclina-se a dizer que eles “são um meio de defesa”. Por exemplo, destaca-se o entendimento da jurista Maisa E. Raele Rodrigues, nos seguintes termos:

Embora controversa a natureza jurídica dos embargos à execução jurídica dos embargos à execução no processo do trabalho, acreditamos não se tratar de ação, mas simples meio de defesa, única ideia capaz de harmonizar-se com a concepção de que o exercício representa mera fase do processo (RODRIGUES, 2010, p. 53).

Diante dessa realidade empírica, questionamos se os embargos à execução podem complementar ou aditar os embargos à penhora opostos, antes, sob o fundamento de que a natureza jurídica dos embargos (à execução ou à penhora) são ações autônomas.

Para explicar os aspectos mais concretos desse problema, formulamos as seguintes perguntas típicas, para serem respondidas nesta pesquisa.

1. O que é princípio da unirrecorribilidade (singularidade)?
2. Os embargos à execução e à penhora têm a natureza de ação e não, de recurso, conforme dito no Acórdão?
3. A Jurisprudência, ao justificar a possibilidade de o executado propor embargos à execução e à penhora, com base na natureza jurídica desses embargos, não estaria apoiando-se em uma falácia (argumento de falsa causa)?
4. A expressão “embargos”, referida no caput do artigo 884 da CLT, autoriza a interpretação de que existem dois tipos de embargos (à execução e à penhora), na fase de execução? Este artigo autoriza o executado a manejar dois tipos de embargos (à execução e à penhora), discutindo todas as decisões, que ocorrem desde a sentença de liquidação até aquela que determina a penhora.
5. Assim, diante contexto, o princípio da unirrecorribilidade tem aplicação, também, na fase da execução trabalhista?

2 DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE (SINGULARIDADE)

Conforme Júlio Cesar Beber, o “direito processual brasileiro não possui previsão legal expressa sobre o princípio da unirrecorribilidade (ou da singularidade)” (BEBBER, 2011, p. 237).

Mas ele está implicitamente vigente no atual sistema processual brasileiro, e Nelson Nery Júnior afirma que, ao “definir os atos decisórios do juiz, estipulando o cabimento de determinado recurso para cada, o CPC adotou o princípio da singularidade” (NERY JUNIOR, 1993, p. 293).

No mesmo sentido, pronunciou-se o colendo do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS DE REVISTA CONTRA O MESMO ACÓRDÃO REGIONAL. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. 1. Vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual contra uma mesma decisão somente é cabível um único recurso. 2. Ademais, quando a parte interpõe o primeiro apelo, ocorre a preclusão consumativa, não podendo praticar novamente o mesmo ato de recorrer. 3. Assim, não merece ser processado o agravo de instrumento contra decisão regional que denega seguimento ao segundo recurso de revista interposto pela parte contra o mesmo acórdão regional. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2010).

Salienta-se que a única exceção está prevista no artigo 541 do Código de Processo Civil¹ para a hipótese simultânea dos recursos especial e extraordinário.

3 OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E À PENHORA TÊM A NATUREZA DE AÇÃO E NÃO DE RECURSO, CONFORME DITO NO ACÓRDÃO?

3.1 Da doutrina trabalhista

Segundo Mauro Schiavi, os embargos à execução “não constituem ação autônoma e, sim, **um incidente da fase executiva**, com a mesma natureza da impugnação no Processo Civil” (SCHIAVI, 2008, p. 217, grifo nosso).

Nesse sentido, Francisco Meton Marques de Lima (2004, p. 165) assevera que “[...] os embargos à execução e à penhora **não constituem recurso nem ação**”. Acrescenta ainda o jurista que, “[...] se eles fossem recurso, o prazo de interposição seria de oito dias e não admitiria audiência de instrução, inclusive com provas orais”. Ressalta igualmente que “[...] também não se confundem com ação, pois se processam nos autos da execução” (2004, p. 165).

Francisco Antonio de Oliveira sintetiza a questão, ao dizer que:

Constata-se que os autores que elegem os embargos ao *status* de ação ou de recurso, todos, buscam amparo na doutrina civilista. Todavia, os

¹ Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

embargos no processo do trabalho não têm a dignidade de verdadeira ação, mas de simples pedido de reconsideração (OLIVEIRA, 2006, p. 199, grifo nosso).

Ainda, de acordo com este jurista, a natureza jurídica dos embargos é a de simples defesa do executado (*lato sensu*) (OLIVEIRA, 2006, p. 199).

3.2 Da doutrina do direito processual civil

Não podemos esquecer que a Lei nº 11.232/05 alterou o artigo 475 do CPC, acrescentando-lhe inúmeras letras, suprimiu a execução autônoma e introduziu nos artigos 475-L e 475-M a impugnação para o executado no lugar dos embargos à execução. Após, a edição dessa norma legal – a sentença é ato de julgamento da causa – ou seja, a cognição e a execução são fases únicas da mesma relação processual.

No entanto, do mesmo modo que divergem os doutrinadores trabalhistas sobre a natureza jurídica, os doutrinadores processualistas civis assim o fazem sobre a natureza jurídica da impugnação:

a) **incidente processual no curso da fase executiva.** Esta posição é sustentada por Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 151).

b) **misto de ação e de defesa** – constitui entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao esclarecerem que:

[...] é ação porque o impugnante tem pretensão declaratória (v.g. inexistência de citação...) ou desconstitutiva da eficácia executiva do título exequendo (v.g. nulidade de citação, excesso de execução) ou atos de execução (v.g. penhora incorreta, avaliação errônea) (NERY JUNIOR, 2006, p. 645).

Por essas razões acima, o argumento de os embargos à execução e à penhora no direito processual do trabalho ser considerados ações autônomas (independentes), por si só, no nosso entender, não é relevante, a fim de afastar a incidência do princípio da unirrrecorribilidade, conforme será a seguir demonstrado.

4 A JURISPRUDÊNCIA, AO JUSTIFICAR A POSSIBILIDADE DE O EXECUTADO PROPÔR EMBARGOS À EXECUÇÃO E À PENHORA, COM BASE NA NATUREZA JURÍDICA DESSES EMBARGOS, NÃO ESTARIA APOIANDO-SE EM UMA FALÁCIA (ARGUMENTO DE FALSA CAUSA)?

A Jurisprudência trabalhista, ao dizer, com base na análise da natureza jurídica, que não há violação ao princípio da unirrrecorribilidade, quando o executado opõe concomitantemente embargos à execução e à penhora, o faz, confundindo uma causa com efeito. Segundo Irving M. Copi (1978, p. 83), incide em erro ao “[...] tomar como causa de um efeito algo que não é a sua causa real”, ou seja, incorre em falácia (falsa causa).

Assim, para dizer se houve ou não, violação princípio da unirrecorribilidade, deveria ter como referência a interpretação do artigo 884 da CLT e os seus incisos (causa real) e não, a natureza jurídica dos embargos.

Nesse sentido, segundo o professor da *University of Nevada, Las Vegas*, Stan Baronett, ocorre a falácia de falsa causa, quando “[...] o erro de afirmar que há uma conexão causal entre dois eventos, quando na realidade não há nenhuma. Eventos que aparentam estar correlacionados não estão necessariamente conectados causalmente” (BARONETT, 2009, p. 545).

Logo, diante dessas ponderações acima, podemos afirmar, com base na doutrina de Clóvis Juarez Kemmerich, que o desprezo da lógica (do grego *logiké*), na sentença, pode ser um fato gerador de sentenças obscuras e que, embora a lógica não seja suficiente para uma boa decisão judicial, não se deve concluir que ela seja *desnecessária* e que o “resultado da negligência lógica está disponível nos arquivos do Judiciário brasileiro: raciocínios incompletos, premissas que não conduzem logicamente às conclusões [...]” (KEMMERICH, 2013, p. 21-23).

A importância da lógica nas decisões judiciais é destacada por Maria Francisca Carneiro, ao ensinar que:

No caso do Direito, que se constitui de um espectro que abrande componentes consuetudinários, jurisprudenciais, legais e sociológicos sobre os quais se assentam as decisões, é interessante dispor do instrumental lógico hábil ao manejo desses elementos, para um resultado desembaraçado de vaguidades, incertezas, inconsistências, contradições ou trivialidades, já que é preciso sintetizá-los em único processo decisório (CARNEIRO, 2009, p. 34, grifo nosso).

A compreensão e a interpretação da aplicação do artigo 884 da CLT devem ser feitas a partir do próprio texto legal e não, de uma falsa causa.

Portanto, a jurisprudência deveria ter decidido a questão somente com base no texto legal acima e não, com base na natureza jurídica dos embargos (que segue a via horizontal endereçada ao juízo de primeiro grau, nem a partir da via vertical de recursos, cujo reexame só pode ser feito pelo segundo grau).

5 A EXPRESSÃO “EMBARGOS”, REFERIDA NO CAPUT DO ARTIGO 884 DA CLT, AUTORIZA A INTERPRETAÇÃO DE QUE EXISTEM DOIS TIPOS DE EMBARGOS (À EXECUÇÃO E À PENHORA), NA FASE DE EXECUÇÃO?

5.1 Da denominação dos embargos do executado

Agora vamos demonstrar se o executado (devedor) pode ou não opor a modalidade dos embargos à penhora em face da imprecisão terminológica do legislador ao fazer referência aos “embargos” à penhora.

5.1.1 Embargos à execução (*Stricto Sensu*)

Este artigo 884 da CLT autoriza o executado a manejar dois tipos de embargos (à execução e à penhora), discutindo todas as decisões, que ocorrem desde a sentença de liquidação até aquela que determina a penhora?

Mauro Schiavi (2008, p. 216) afirma que “[...] a doutrina costuma denominar os embargos à execução como embargos do devedor ou embargos do executado”. Acrescenta igualmente que “[...] preferimos a expressão embargos à execução, por já consagrada na jurisprudência e no foro trabalhista”.

Seguindo a mesma lógica, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 429) assinala que os embargos, tal como indica o léxico, são obstáculos ou impedimentos que o devedor procura antepor à execução proposta pelo credor.

Já Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1976, v. 11) denomina “contra-ação” os embargos do devedor, no qual pode alegar qualquer das matérias definidas no § 1º do artigo 884 da CLT.

Apesar de constatar-se, no mundo jurídico, uma despreocupação com a terminologia jurídica, como, por exemplo: o uso de embargos de declaração ou embargos de declaratórios, embargos à execução e à penhora, na verdade, o artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho disciplina e sistematiza a **instância de embargos à execução**.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina os embargos no artigo 884, da seguinte forma:

DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO E DA SUA IMPUGNAÇÃO

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º - Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º - Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo. (Incluído pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954).

~~§ 4º - Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e a impugnação à liquidação. (Incluído pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954).~~

§ 4º Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário. (Redação dada pela Lei nº 10.035, de 25.10.2000).

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a

A seguir, o foco passa a estar nos embargos à penhora.

5.1.2 Embargos à penhora

Assim, se o artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho disciplina e sistematiza a **instância de embargos à execução**, o enunciado “Somente nos embargos à penhora”, constante do § 3º do artigo 884 da CLT, deve ser interpretado como embargos em relação à penhora e não, como embargos à penhora.

O fato de coexistirem, na práxis forense, essas duas denominações de Embargos à Execução e Embargos à Penhora, decorrentes da imprecisão terminológica, não nos conduz à interpretação de que a norma celetista autoriza a existência de dois tipos de embargos na fase de execução: embargos à execução e à penhora.

Portanto, a conclusão a que se chega é a de que não é possível o manejo por parte do executado de dois tipos de embargos, uma vez que a norma só compreende um tipo “embargos”.

6 SE O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS (EXECUÇÃO DENOMINAÇÃO CORRETA OU À PENHORA DENOMINAÇÃO INCORRETA) É COMUM (IGUAL), JUSTIFICA-SE A SUA APRESENTAÇÃO POR PEÇAS APARTADAS, SE AMBOS PODEM TRATAR DE MATÉRIA DE NATUREZA IDÊNTICA?

A fixação do prazo comum para a interposição dos embargos (execução denominação correta ou penhora denominação incorreta) é incontroversa na legislação trabalhista.

Assim, em razão desse prazo comum, indaga-se: Justifica-se a apresentação desses embargos em peças separadas?

Parecem-nos que a resposta a essa pergunta está associada ao fator mais relevante para responder se é aplicável ou não, o princípio da unirrecorribilidade na execução trabalhista.

E Mauro Schiavi (2008, p. 217), com elevada síntese e propriedade, entende que “[...] os incidentes da penhora devem ser deduzidos no próprio bojo dos embargos à execução, não existindo os embargos à penhora como uma categoria autônoma de embargos”.

Independentemente dessa divergência doutrinária, não seria o caso de aplicarmos, por analogia, também, o mesmo tratamento dos embargos declaratórios complementares. Ou seja, não seria a hipótese de entender que, toda vez que o devedor optasse por opor os embargos à execução e à penhora em peças separadas, não estaria praticando uma complementação, semelhante àquele embargante que apresenta embargos de declaração complementares.

Assinala-se, assim, que a jurisprudência, em relação a embargos de declaração complementares, é pacífica no sentido de que fere o princípio da unirrecorribilidade (Acórdão Processo nº 00485-2006-027-04-00-2-AP), RO, julgamento realizado em 15 de maio de 2008, Relator Milton Varela Dutra) (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região), 2008).

No mesmo sentido, Isis Almeida refere-se à doutrina, ao afirmar que a unirrecorribilidade

é o princípio segundo o qual não pode interpor mais de um recurso contra mesma decisão, isto, é os recursos não podem ser utilizados simultaneamente, mas sim sucessivamente, obedecendo-se à ordem de hierarquia dos órgãos jurisdicionais (ALMEIDA, 1998, p. 339).

As disposições do artigo 884 da CLT, desta forma, não falam na possibilidade do devedor valer-se, separadamente, dos embargos à execução e à penhora. Até porque, conforme ensina Mauro Schiavi (2008, p. 221), “[...] a incorreção do bem penhorado ou a avaliação incorreta também podem ser invocadas nos embargos à execução”.

Assim, sobre essa matéria, transcrevemos um fragmento do Acórdão do Processo nº 00850000-63.1999.5.04.0002, da Relatora Flávia Lorena Pacheco, julgado em 27 de outubro de 2005, na 8ª Turma.

EMENTA: PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRAZO PARA RECORRER. PRECLUSÃO. É uno o prazo para recorrer, agravar ou embargar, ou seja, se a parte utilizou tal faculdade, tempestiva ou intempestivamente, preclui a possibilidade de reapresentar o remédio processual eleito, ainda que adesivamente, mesmo que verse sobre assunto diverso daqueles tratados naquele interposto anteriormente. Agravo de petição do executado improvido.

VISTOS e relatados estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO interposto de decisão do Exmo. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo agravantes CENTRO CLÍNICO GAÚCHO LTDA. e LIANE UNCHALO MACHADO e agravados OS MESMOS e SERVIÇOS MÉDICOS À INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. SEMIC (MASSA FALIDA).

O executado inconformado com a decisão da fl. 742, agrava de petição, com fundamento nas razões expendidas às fls. 748/752.

A exequente, inconformada com a decisão das fls. 770/775, agrava de petição, com fundamento nas razões expendidas às fls. 779/788.

Contraminuta às fls. 766/768 e 792/795.

É o relatório.

ISTO POSTO:

DO AGRAVO DE PETIÇÃO OPOSTO PELO EXECUTADO.

Pretende, o executado, a revisão da decisão contida no despacho da fl. 742, que não recebeu os embargos à execução que opôs às fls. 712/715.

Argumenta que apresentou embargos à penhora e embargos à execução, remédios processuais absolutamente distintos e com finalidades diversas; que não há óbice legal para a apresentação dos mesmos em datas distintas; que não pode haver preclusão consumativa quando há oposição de remédios jurídicos distintos; que não pode ser exigida a oposição de embargos à execução antes do prazo previsto em lei, mesmo que os embargos à penhora tenham sido opostos anteriormente; que a decisão agravada afronta as disposições contidas nos incisos XXXIV, XXXV, LV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Nos termos das disposições contidas no art. 884 da CLT, garantida a execução ou penhorados os bens, o prazo para o executado apresentar embargos é 5 (cinco) dias. O § 3º do art. 884 da CLT dispõe que a oportunidade própria para impugnar a sentença de liquidação é quando da oposição dos embargos à penhora.

Verifica-se, pois, que, nas disposições contidas no art. 884 da CLT, inexistente a dicotomia recursal alegada pelo executado.

Por outro lado, é uno o prazo para recorrer, agravar ou embargar, ou seja, se a parte utilizou tal faculdade, tempestiva ou intempestivamente, preclui a possibilidade de reapresentar o remédio processual eleito, ainda que adesivamente, mesmo que verse sobre assunto diverso daqueles tratados naquele interposto anteriormente.

O executado, ao eleger o remédio processual que entendia correto – embargos à penhora –, deveria, naquele momento, ter deduzido todas as matérias que entendia impugnada. Não o fazendo, incorreu na preclusão consumativa. Entendimento diverso constituir-se-ia em afrontando ao princípio da unirrecorribilidade [Grifos nossos].

A decisão agravada é mantida, nos termos supra, não acarretando afronta às disposições contidas nos incisos XXXIV, XXXV, LV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Destarte, nega-se provimento ao agravo de petição oposto pelo executado.

Assim, diante do exposto, cabe lembrar Lamarca (apud Oliveira, 2006, p. 186) “A CLT é prenhe de construções ambíguas e compete ao intérprete dar o direcionamento com pé razoabilidade” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região), 2005).

Diante desse contexto reflexivo, verifica-se que, na fase de execução, não existem dois tipos de embargos, isto porque os embargos à penhora não existem como categoria autônoma de embargos.

7 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

A partir do exame das reflexões apresentadas neste estudo, podemos chegar às seguintes considerações:

1- O princípio da unirrecorribilidade está implicitamente vigente no atual ordenamento processual brasileiro;

2- A jurisprudência e a doutrina divergem quanto à natureza jurídica dos “embargos” na fase de execução;

3- A Jurisprudência trabalhista, ao usar, como causa de decidir pela não violação ao princípio da unirrecorribilidade, a natureza jurídica dos “embargos” da fase de execução, apoia-se em uma falácia (falsa causa), pois a questão deveria ser decidida com base no texto legal (artigo 884 da CLT);

4- As disposições do artigo 884 da CLT sistematizam a instância de embargos à execução e não autorizam a possibilidade de o devedor valer-se, separadamente, dos embargos à execução e à penhora;

5- Para a melhor doutrina, *não existe embargos à penhora como uma categoria autônoma de embargos*;

6- A praxis forense expõe as denominações de embargos à execução e a penhora, porque não observa a terminologia jurídica;

7- A incorreção do bem penhorado ou a avaliação incorreta também podem ser invocadas nos embargos à execução;

8- É inválida a inferência jurisprudencial de que os embargos à execução e à penhora “enfrentam matéria de natureza diversa”, porque ambos podem se insurgir sobre a sentença de liquidação até a penhora;

9- A oposição de embargos à execução ou à penhora, em peças processuais separadas, permite concluir que um é complementar (aditamento) do outro. Logo, por analogia, poderíamos seguir o mesmo raciocínio utilizado para os embargos declaratórios complementares, isto é, pela aplicação do princípio da unirrecorribilidade (singularidade) na execução trabalhista, independentemente dos embargos do devedor terem natureza de ação ou não;

10- A não aplicação do princípio da unirrecorribilidade, nas situações acima, implica prejuízo à função social da execução trabalhista e na celeridade das atividades executivas do crédito trabalhista.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz, o arquivo e a testemunha*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALMEIDA, Ísis. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

BARONETT, Stan. *Lógica. Uma introdução voltada para as ciências*. São Paulo: Bookman, 2009.

BEBER, Júlio César. *Recurso no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 37240-31.2008.5.04.0802*. Segunda Turma. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF, 4 de agosto de 2010. Publicado no DEJT 20.08.2010, p. 571. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=37240&digitoTst=31&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0802>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Acórdão do Processo nº 00850000-63.1999.5.04.0002*. Oitava Turma. Relatora: Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 27 de outubro de 2005. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=5573518&f=rtf>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Acórdão Processo nº 00485-2006-027-04-00-2-AP-RO*. Relator: Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 15 de maio de 2008. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=28040036&f=rtf>. Acesso em: 13 abr. 2013.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Paradoxos no Direito*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2009.

COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença Obscura e Trânsito em Julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual Sintético de Processo e Execução do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais dos Recursos Cíveis*. 2. ed., São Paulo: RT, 1993.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Tomo XI, São Paulo: Forense, 1976.

RODRIGUES, Maisa E. Raele. *Execução Trabalhista e a Atual Ideologia da Execução Civil*. São Paulo: LTr, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.267/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA E A PESQUISA ELETRÔNICA DE BENS DE EXECUTADOS

BEN-HUR SILVEIRA CLAUS*

“... diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.”

Rubens Requião

RESUMO: Enquanto a clássica desconsideração da personalidade jurídica opera como técnica para inibir a utilização indevida da autonomia patrimonial da sociedade personificada e visa responsabilizar o sócio pelas obrigações da sociedade, a desconsideração inversa da personalidade jurídica opera para coibir a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, responsabilizando a sociedade personificada por obrigações do sócio que oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade. Em ambas as situações, a ordem jurídica resgata o latente caráter prospectivo do princípio da primazia da realidade, para superar a formal distinção com a qual distinguira o patrimônio da sociedade do patrimônio pessoal dos sócios, apagando as linhas imaginárias com que o direito autonomiza esses dois patrimônios com o objetivo de estimular o desenvolvimento da atividade econômica regular.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Responsabilidade Limitada; Desconsideração da Personalidade Jurídica; Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica; Abuso de Direito na Utilização da Personalidade Jurídica; Pesquisa Eletrônica de Bens do Executado; Execução Trabalhista; Efetividade da Execução Trabalhista.

SUMÁRIO: 1 Introdução: o direito atendeu à economia; 2 A autonomia patrimonial como pressuposto teórico da sociedade de responsabilidade limitada; 3 A desconsideração *inversa* da personalidade jurídica; 4 Desconsideração clássica e desconsideração *inversa* da personalidade jurídica; 5 O suporte fático da desconsideração *inversa*: a confusão patrimonial; 6 A opção pela teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica; 7 O abuso da personalidade jurídica configura-se pela simples invocação da autonomia patrimonial; 8 Uma histórica construção hermenêutica; 9 A desconsideração da personalidade jurídica em face da pesquisa eletrônica de bens do executado; 10 Considerações finais; Referências.

* Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho - RS (4ª Região) e Mestre em Direito.

1 INTRODUÇÃO: O DIREITO ATENDEU À ECONOMIA

Até o surgimento das sociedades personificadas de responsabilidade limitada, a atividade econômica era desenvolvida sob responsabilidade pessoal. Fosse um único empreendedor, fossem vários os empreendedores reunidos para a exploração de atividade econômica, a responsabilidade recaía sobre a pessoa natural dos empresários. Por conseguinte, a responsabilidade pelas obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade econômica incumbia à pessoa natural dos titulares do empreendimento, que então respondiam com seu patrimônio pessoal pelos débitos decorrentes da exploração econômica empreendida.

A criação das sociedades personificadas de responsabilidade limitada surge no Direito Moderno para conferir segurança jurídica aos sócios, os quais pretendiam ter seu patrimônio pessoal preservado na hipótese de insucesso da atividade econômica empreendida. Não estando o patrimônio pessoal dos sócios sujeito a responder pelas obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade econômica, o progresso da economia estaria permanentemente estimulado pela perspectiva dos novos empreendimentos que a livre iniciativa fomentaria.

Sob o influxo do ideário do Liberalismo Econômico fundado pela Revolução Francesa de 1789, o engenho jurídico concebe então um ente abstrato que responderá com o próprio patrimônio pelas obrigações que venha a contrair perante terceiros (clientes, fornecedores, empregados, etc.), deixando a salvo o patrimônio individual da pessoa natural dos sócios integrantes desse sujeito coletivo. Estava aberto o caminho pelo qual seria possível estimular a atividade econômica sem colocar sob risco o patrimônio pessoal dos empreendedores.

O engenho jurídico faz nascer o ente abstrato da sociedade personificada de responsabilidade limitada¹. O direito atribui ao agrupamento social personalidade jurídica distinta da pessoa dos sócios. Mas esse sujeito moral não passa de uma ficção teórica com a qual a formulação jurídica logra superar o fato objetivo de que a atividade econômica tem por atores determinadas pessoas naturais.

2 A AUTONOMIA PATRIMONIAL COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO DA SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

A ideia de autonomia patrimonial está pressuposta na concepção da sociedade personificada de responsabilidade limitada. A atribuição de uma personalidade jurídica distinta a esse ente abstrato permite edificar teoricamente a noção de autonomia patrimonial: o patrimônio societário do sujeito coletivo não se comunica com o patrimônio pessoal dos sócios e vice-versa. As respectivas obrigações permanecem em separado. Vale dizer, pelas obrigações

¹ A sociedade empresarial de responsabilidade limitada surge na Inglaterra, em 1862; na Alemanha, em 1892; em Portugal, em 1901; na Áustria, em 1906; no Brasil, em 1919 (FERREIRA, 1952, p. 324 et seq.).

da sociedade personificada responde apenas o patrimônio desse ente abstrato. Pelas obrigações pessoais do sócio responde apenas o patrimônio pessoal de cada sócio obrigado.

Não haveria vasos comunicantes entre patrimônio societário e patrimônio pessoal dos sócios. Esta é a ideia central que preside a concepção de personalidade jurídica da sociedade empresária de responsabilidade limitada: a ordem jurídica reconhece haver distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural dos respectivos sócios, distinção que se expressa no reconhecimento de existência de autonomia entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios.

Porém, a autonomia patrimonial reconhecida à sociedade personificada não constitui um salvo conduto atribuído pela ordem jurídica para isentar os sócios de responsabilidade por seus atos empresariais. Visa, antes, facilitar à pessoa jurídica o exercício de sua regular função social na vida econômica. Na presença do desenvolvimento regular da atividade econômica pela sociedade empresarial, o sistema legal assegura eficácia jurídica à personificação societária, distinguindo entre patrimônio social e patrimônio particular do sócio.

Na medida em que a função social da personalidade jurídica é desvirtuada pela prática de atos irregulares de seus integrantes, a autonomia patrimonial antes assegurada como condição de estímulo ao empreendedorismo econômico cede em favor da preservação da integridade da ordem jurídica, uma vez que a personificação societária não pode ser utilizada pelos sócios para a consecução de fins contrários ao bem comum. Ocorrendo tal desvirtuamento no uso da personificação societária, a ordem jurídica excepciona a regra da autonomia patrimonial e passa a admitir a comunicação entre os patrimônios, neutralizando a eficácia jurídica inicialmente conferida à personificação societária, de modo a responsabilizar diretamente os sócios pelas obrigações da sociedade.

É o que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, de acordo com o magistério de *Ovídio A. Baptista da Silva* (2002, p. 73). Depois de assinalar a contribuição dos juristas alemães para o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o erudito jurista observa que a doutrina contemporânea admite superar a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios “[...] quando a sociedade seja utilizada pelos sócios com o fito de prejudicar terceiros, ou sirva de anteparo para permitir a prática de negócios ilegais.” A teoria da desconsideração da personalidade jurídica adquiriu espectro internacional, conforme revelam as pesquisas de direito comparado².

² A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é identificada de diferentes formas no direito comparado, mas conteúdo é sempre o mesmo: a superação do formalismo jurídico da personificação societária, na perspectiva de vertical resgate do princípio da responsabilidade patrimonial dos sócios. No direito norteamericano: disregard of legal entity; no direito italiano: superamento della personalità giuridica; no direito argentino: teoría de la penetración; no direito francês: mise à l'écart de la personnalité morale.

3 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por finalidade coibir fraudes realizadas mediante a abusiva utilização da autonomia patrimonial conferida à sociedade personificada. Nas palavras de *Fábio Ulhoa Coelho* (2009, p. 47-48), “a desconsideração é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade”. Como se percebe, é sobre a eficácia jurídica da autonomia patrimonial – e sua relativização – que se desenvolve a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade personificada.

Na desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, a questão está novamente centrada na eficácia jurídica da autonomia patrimonial e sua relativização; mas aqui a sociedade personificada é chamada a responder por obrigações pessoais do sócio sob o fundamento de confusão patrimonial (CC, art. 50).

Em ambos os tipos de desconsideração da personalidade jurídica é a eficácia jurídica da autonomia patrimonial que é superada pela técnica do direito: a ciência jurídica neutraliza a autonomia patrimonial quando tal concessão à ordem econômica degenera no descumprimento das obrigações. Logo se percebe que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objeto o resgate do princípio da responsabilidade patrimonial, mediante a superação de aspectos formais de personificação jurídica da sociedade empresarial.

4 DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA E DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Enquanto a clássica desconsideração da personalidade jurídica opera como técnica para inibir a utilização indevida da autonomia patrimonial da sociedade personificada e visa responsabilizar o sócio pelas obrigações da sociedade, a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica opera para coibir a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, responsabilizando a sociedade personificada por obrigações do sócio que oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade.

Em ambas as situações, a ordem jurídica resgata o latente caráter prospectivo do princípio da primazia da realidade, para superar a formal distinção com a qual distinguira o patrimônio da sociedade do patrimônio pessoal dos sócios, apagando as linhas imaginárias com que o direito autonomiza esses dois patrimônios com o objetivo de estimular o desenvolvimento da atividade econômica regular (CLAUS, 2010, p. 66).

Noutras palavras, a ficção teórica com a qual a formulação jurídica lograra superar o fato objetivo de que a atividade econômica tem por atores determinadas pessoas naturais retrocede pela saneadora potência com que o princípio da primazia da realidade restaura o primado da ordem jurídica, impedindo que eficácia jurídica da autonomia patrimonial reconhecida à sociedade personificada seja utilizada para prejudicar terceiros.

5 O SUPORTE FÁTICO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA: A CONFUSÃO PATRIMONIAL

A desconsideração inversa da personalidade jurídica visa coibir o desvio de bens do sócio para a sociedade, conforme se extrai da lição de *Fábio Ulhoa Coelho*. Na desconsideração inversa, o abuso da personalidade jurídica do ente societário caracteriza-se pelo preenchimento do suporte fático da confusão patrimonial, requisito previsto no art. 50 do Código Civil.

O autor esclarece que a desconsideração inversa consiste no afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, técnica jurídica que tem cabimento quando “[...] o devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada”³. Vale dizer, a técnica da desconsideração inversa tem aplicação quando o sócio esvazia seu patrimônio pessoal, transferindo-o à pessoa jurídica da qual é sócio, para furtar-se às obrigações que são de sua responsabilidade pessoal, mediante a artificiosa invocação da autonomia patrimonial da sociedade personificada para a qual o sócio desviou seu patrimônio pessoal.

Conforme restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 948.117, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, de 22.06.2010, o fundamento legal para a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica radica no art. 50 do Código Civil. Depois de consignar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador, a ementa do acórdão registra: “III – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/2002, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

³ O autor informa que a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica é utilizada no Direito de Família quando se constata que o cônjuge desvia seu patrimônio pessoal para a pessoa jurídica de que é titular, com a finalidade de sonegar determinados bens da partilha. Por vezes, a técnica é utilizada para neutralizar a conduta do cônjuge que aparenta possuir menor rendimento, para obter artificialmente a redução do valor dos alimentos que está obrigado a pagar. Essa técnica também é utilizada no Direito das Sucessões quando herdeiros transferem.

6 A OPÇÃO PELA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A histórica opção da doutrina justralhista pela teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica tem sido compreendida na teoria jurídica como expressão da autonomia científica do direito do trabalho em relação ao direito civil.

Se na Justiça Comum a invocação da teoria desconsideração da personalidade jurídica da sociedade personificada é encarada como medida excepcional cuja aplicação reclama estrita configuração dos requisitos do art. 50 do Código Civil, a aplicação dessa teoria é de ocorrência ordinária na Justiça do Trabalho, bastando que a invocação da autonomia patrimonial seja oposta como obstáculo à satisfação de crédito trabalhista para que se tenha por configurada a utilização abusiva da personalidade jurídica da sociedade personificada.

Diversamente do que ocorre na Justiça Comum, a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação trabalhista da sociedade ou de obrigação trabalhista do sócio, respectivamente. Enquanto o credor cível tem o ônus da prova da ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial para lograr obter a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada (CC, art. 50), ao credor trabalhista incumbe apenas demonstrar a insuficiência dos bens da sociedade executada, para que a execução seja direcionada aos sócios. Da mesma forma, tratando-se de execução contra executado pessoa natural, a mera insuficiência de bens do executado pessoal natural dá ensejo ao direcionamento da execução contra a sociedade de que ele participa. Esse redirecionamento é realizado mediante a adoção da técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica, cujo fundamento jurídico radica na aplicação teleológica da norma do art. 50 do Código Civil, conforme assentado no acórdão do STJ antes mencionado.

É oportuno destacar, com *Mauro Schiavi* (2008, p. 709-710), que o Direito do Trabalho abraçou a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual basta a inexistência de bens da sociedade executada para redirecionar-se a execução contra o patrimônio dos sócios. O autor pondera que “[...] a moderna doutrina e jurisprudência trabalhista encamparam a chamada teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica que disciplina a possibilidade de execução dos bens do sócio, independentemente se os atos violaram ou não o contrato, ou houve abuso de poder. Basta a pessoa jurídica não possuir bens, para ter início a execução dos bens do sócio. No Processo do Trabalho, o presente entendimento se justifica em razão da hipossuficiência do trabalhador, da dificuldade que apresenta o

reclamante em demonstrar a má-fé do administrador e do caráter alimentar do crédito trabalhista” (2008, p. 709-710).

7 O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA CONFIGURA-SE PELA SIMPLES INVOCAÇÃO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

A desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista é a mais ampla possível, conforme observa *Eduardo Milléo Baracat*. A pesquisa realizada pelo autor revela que, no microsistema trabalhista, “[...] o entendimento dominante é o de que a utilização deste instituto independe de fraude, abuso de poder ou ato ilícito dos sócios; basta o inadimplemento do crédito trabalhista e que a sociedade empregadora não disponha de patrimônio para suportar a execução” (BARACAT, 2010, p. 196).

Edificada sobre o princípio da boa-fé, a teoria da superação da personalidade jurídica, no âmbito do Direito do Trabalho, funda-se na premissa de que a simples invocação da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios como obstáculo ao cumprimento de obrigações trabalhistas caracteriza abuso de direito na utilização da personalidade jurídica. Isso por que se considera que a personalidade jurídica é aproveitada de forma abusiva quando se antepõe ao cumprimento de obrigação trabalhista o óbice da separação patrimonial existente entre sociedade e sócios, conforme preleciona *Ari Pedro Lorenzetti* (2003, p. 198).

O abuso de direito na utilização da personificação societária configura-se *in re ipsa* sempre que a autonomia patrimonial é invocada para sonegar obrigação decorrente de direito de natureza indisponível, como é o caso dos direitos fundamentais sociais (CF, art. 7º)⁴.

8 UMA HISTÓRICA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA

O dinamismo das relações entre capital e trabalho e a crescente consciência jurídica do valor social do trabalho humano constituem histórica fonte material do direito do trabalho.

Se antes do advento do Código Civil de 2002 (art. 50)⁵, a Justiça do Trabalho utilizava-se da aplicação analógica do art. 28 do CDC⁶ para

⁴ A sociedade empresarial de responsabilidade limitada surge na Inglaterra, em 1862; na Alemanha, em 1892; em Portugal, em 1901; na Áustria, em 1906; no Brasil, em 1919 (FERREIRA, 1952, p. 324 et seq.).

⁵ CC: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

⁶ CDC: “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” [grifo nosso]

fundamentar o recurso à técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade personificada, no período anterior à Lei nº 8.078/90 (CDC) a superação da autonomia patrimonial da sociedade personificada foi construída sob a hermenêutica extensiva com a qual a jurisprudência trabalhista atualizou a interpretação da parte final do art. 10 do Decreto 3.708/1919⁷, de modo a ampliar a tutela devida aos créditos trabalhistas, imperativo imposto pela crescente consciência jurídica da relevância social dos direitos do trabalho.

Essa consciência jurídica adquire maior densidade axiológica com o advento da Constituição Federal de 1988, que eleva os direitos do trabalho à hierarquia jurídica de direitos fundamentais (CF, art. 7º).

9 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DA PESQUISA ELETRÔNICA DE BENS DO EXECUTADO

A utilização de ferramentas eletrônicas para a pesquisa de bens do executado potencializa a efetividade da execução (CHAVES, 2009, p. 923 et seq.).

De forma específica, a utilização da ferramenta eletrônica denominada de Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – CCS (BACEN-CCS) pode, na pesquisa das pessoas que movimentam as contas bancárias da empresa executada, detectar a existência de sócio oculto, cujos bens poderão então ser penhorados mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que se presume ser sócia de fato a pessoa que tem poderes para movimentar conta bancária da empresa executada⁸. Com efeito, não é ordinário outorgar poderes para movimentar conta corrente a quem seja estranho à sociedade empresarial. Pelo contrário, a outorga de tais poderes é indicativa de que a sociedade e o outorgado têm interesses comuns, situação em que se estabelece presunção de que o outorgado é sócio oculto da sociedade outorgante de tais poderes.

Detectada a existência de sócio oculto via ferramenta eletrônica BACEN-CCS, a pesquisa deve prosseguir perante a Junta Comercial, para descobrir se o sócio oculto participa de outra(s) empresa(s), cujo patrimônio poderá então

⁷ Decreto nº 3.708/1919: “Art.10. Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.” [grifo nosso]

⁸ Essa presunção decorre da experiência ordinária (CPC, art. 335), pois a outorga de poderes para movimentar contas bancárias sugere que a pessoa outorgada tem interesses em comum com a empresa outorgante. Nesse sentido, merece destaque o criterioso estudo realizado pelos magistrados César Zucatti Pritsch e Gilberto Destro. Publicado na edição nº 140 da Revista Eletrônica do TRT4, o ensaio denominado *BACEN CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – Uma valiosa ferramenta para a execução trabalhista* assenta três conclusões produtivas para a efetividade da execução: a) “a relação de procuração bancária entre duas pessoas físicas faz presumir confusão patrimonial”; b) “a relação de procuração bancária entre pessoa jurídica e pessoa física, caso essa não conste formalmente como sócia, faz presumir que seja sócia de fato”; c) “o elo entre duas pessoas jurídicas por sócio de fato em comum caracteriza grupo econômico”.

ser objeto de penhora mediante a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, sob o argumento de confusão patrimonial (CC, 2002, art. 50).

A pesquisa perante a Junta Comercial, para descobrir se o sócio oculto participa de outra(s) empresa(s), poderá identificar a existência de grupo econômico, ampliando a possibilidade de êxito da execução trabalhista, seja em razão da solidariedade passiva que recai sobre cada uma das empresas integrantes de grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º), seja em razão da possibilidade de penhorar os bens dos sócios das empresas do grupo econômico mediante a desconsideração da personalidade jurídica das empresas do grupo (CC, art. 50 c/c CPC, art. 592, II).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a clássica desconsideração da personalidade jurídica opera como técnica para inibir a utilização indevida da autonomia patrimonial da sociedade personificada e visa responsabilizar o sócio pelas obrigações da sociedade, a desconsideração *inversa* da personalidade jurídica opera para coibir a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, responsabilizando a sociedade personificada por obrigações do sócio que oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade.

Enquanto na Justiça Comum a invocação da teoria desconsideração da personalidade jurídica da sociedade personificada é encarada como medida excepcional cuja aplicação reclama estrita configuração dos requisitos do art. 50 do Código Civil, a aplicação dessa teoria é de ocorrência ordinária na Justiça do Trabalho, bastando que a invocação da autonomia patrimonial seja oposta como obstáculo à satisfação de crédito trabalhista para que se tenha por configurado o uso abusivo da personalidade jurídica da sociedade personificada.

Assim, na Justiça do Trabalho, a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação da sociedade ou de obrigação do sócio, respectivamente.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 5. ed., v. 2, São Paulo: RT, 2002.

BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade Limitada no Processo do Trabalho: interpretação à luz do princípio de dignidade da pessoa humana. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010. p. 182-203.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

_____. *Constituição* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 948117/MS, da 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=985791&sReg=200700452625&sData=20100803&formato=PDF>.

CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas Eletrônicas na Execução Trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 923-974.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre: HS Editora, nº 38, p. 61-88, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 13. ed., v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Sociedades Mercantis*. 4. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

PRITSCH, César Zucatti; DESTRO, Gilberto. BACEN CCS: Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional: uma valiosa ferramenta para a execução trabalhista. *Revista Eletrônica do TRT4*, Porto Alegre, ano 8, nº 140, 1ª quinzena jun. 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/RevistaEletronica>>.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

RICARDO FIOREZE*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A natureza jurídica dos embargos de declaração; 3 O cabimento dos embargos de declaração; 4 O efeito interruptivo resultante da interposição dos embargos de declaração; 5 A repressão aos embargos de declaração interpostos com intuito manifestamente protelatório; 6 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A utilização dos embargos de declaração gera um bom número de dúvidas e controvérsias, principalmente quanto ao seu cabimento e julgamento.

Se é certo que com alguma frequência os embargos de declaração são utilizados com finalidade diversa daquela para a qual concebidos, também o é que a eles nem sempre é conferido tratamento adequado por parte dos órgãos incumbidos do seu processamento e julgamento.

O presente estudo dedica-se à análise de alguns aspectos polêmicos relacionados aos embargos de declaração, fazendo-o especialmente sob a perspectiva dos princípios da efetividade e da razoável duração do processo que devem orientar o exercício da atividade jurisdicional e, também, tendo em conta a própria natureza jurídica dessa via processual.

O preceito abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e expressa o direito de acesso à Justiça, ao permitir ao cidadão, em contrapartida ao monopólio da atividade jurisdicional que o Estado reserva para si, provocar o seu exercício com a finalidade de proteger direitos ou interesses, de natureza substancial ou meramente processual, quando violados ou ameaçados de violação.

O direito de acesso à Justiça hoje compreende, além da possibilidade de provocação dos órgãos jurisdicionais, também, ainda em um primeiro momento, a exigibilidade da resposta correspondente. Ele assegura ao cidadão, em um primeiro momento, (i) levar a conhecimento do órgão jurisdicional competente

* Juiz do Trabalho - RS. Mestre em Poder Judiciário (FGV-RIO).

a situação que conforma a lesão ou ameaça de lesão a direito; (ii) ver formalizada e processada essa iniciativa; (iii) acompanhar e participar desse processamento; e, ainda, (iv) obter um pronunciamento acerca da situação levada a conhecimento do órgão jurisdicional.

O direito de acesso à Justiça, entretanto, não se satisfaz com o mero trânsito formal perante os órgãos jurisdicionais. Na observação de Kazuo Watanabe (1988, p. 128), “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”, já que “Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Ao direito de acesso à Justiça atualmente se reconhecem contornos mais amplos. Além da possibilidade de provocar o órgão jurisdicional e exigir a resposta correspondente, o direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, primordialmente, a participação adequada no desenvolvimento do processo – como decorrência do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – e, especialmente, a efetividade da resposta jurisdicional, por meio de atividade capaz de produzir resultados práticos equivalentes àqueles verificáveis em razão do respeito ou adimplemento espontâneo dos direitos.

Mais do que o direito de acesso à Justiça, a disposição contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República reflete o princípio da efetividade da atividade jurisdicional, que, para Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 334-335), revela quatro facetas fundamentais: admissão em juízo; modo-de-ser do processo; critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); e efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões). Pois, conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 27-28), “[...] em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo *pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento*”, além do que “[...] cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.

A Constituição da República, ao definir mecanismos disciplinadores do funcionamento pronto e eficaz do sistema judicial, ainda estabelece que “a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII).

O preceito abriga o princípio da razoável duração do processo e expressa o direito à obtenção de resposta jurisdicional, além de efetiva, tempestiva, e a sua explicitação no texto constitucional confirma a necessidade de conferir tratamento específico a um dos principais problemas verificados no exercício da atividade jurisdicional: a sua crônica morosidade.

O princípio da razoável duração do processo orienta o desenvolvimento da atividade jurisdicional a partir de técnicas que conduzam à sua celeridade, impondo ao juiz tanto a instituição de meios capazes de tornar mais célere a tramitação do processo como também o uso mais eficiente dos meios disponíveis. Interpretado como norma aberta, o princípio da razoável duração

do processo outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto. Ao não especificar os meios, o princípio invoca “[...] a criatividade dos operadores, para que estabeleçam instrumentos hábeis a conferir presteza à burocracia dos fluxos processuais” (NALINI, 2008, p. 354).

A conjugação dos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo potencializa os remédios, medidas e vias judiciais existentes e, por extensão, impõe ao juiz reconhecer-lhes eficácia máxima, que permita o alcance de resultados mais justos e dotados de maior utilidade prática da maneira mais célere e econômica possível, e, de outra parte, confere aos legitimados à sua utilização direito à defesa de interpretação no sentido do seu cabimento à situação concreta exposta e, nessa parte, à obtenção de resposta jurisdicional que, concluindo contrariamente, explicitamente satisfatoriamente as razões que apoiam a rejeição da tese apreciada. Sob essa perspectiva, não se compatibilizam com os princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo decisões preconcebidas, arquitetadas em tese e pretensamente aplicáveis à totalidade dos casos concretos, que, então, acabam ignorando as particularidades da situação examinada.

Aplicadas aos embargos de declaração, essas noções, além de outras expostas adiante, tendem a conduzir ao alcance de resultados diversos dos atualmente obtidos, em certas situações concretas, com o processamento e julgamento da medida.

2 A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração são o meio próprio para partes e terceiros juridicamente interessados obterem, perante o próprio juízo que a prolatou, a correção de decisão judicial quando esta incorrer em determinados erros.

A despeito da expressiva divergência existente em doutrina quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração¹, a questão, conforme observa José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 542), é meramente de direito positivo, cabendo ao legislador defini-la, e ao intérprete, respeitar essa opção.

Sob a perspectiva do direito positivo, não há dúvida de que os embargos de declaração possuem natureza recursal. O Código de Processo Civil, ao arrolar os recursos cabíveis, entre eles inclui os embargos de declaração (art. 496, inc. IV). Já a Consolidação das Leis do Trabalho, embora não tenha adotado a mesma técnica (art. 893), contempla regra a respeito do cabimento, prazo e processamento dos embargos de declaração inserida no Capítulo que disciplina os recursos (art. 897-A).

Em razão dessa natureza jurídica, aos embargos de declaração aplica-se a teoria geral dos recursos, segundo a qual a interposição de recurso provoca

¹ Por todos: TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1699-1700, vol. 2.

a repetição da atividade jurisdicional até então empreendida, com a finalidade de verificar se a conclusão anteriormente alcançada, exposta na decisão recorrida, deve ser mantida ou alterada. A repetição dessa atividade jurisdicional, ainda na esteira da teoria geral dos recursos, normalmente incumbe a órgão distinto daquele que a empreendeu num primeiro momento.

Dada a sua natureza recursal, os embargos de declaração também conduzem à repetição da atividade jurisdicional até então empreendida, para verificar se a conclusão exposta na decisão recorrida se mantém ou se altera. Mas, agora, somente em razão da possibilidade de a decisão recorrida incidir em algum dos vícios sanáveis por meio dos embargos de declaração – vícios que serão adiante analisados.

Diferentemente do que ocorre com a maior parte dos demais recursos, a repetição da atividade jurisdicional provocada pela interposição dos embargos de declaração incumbe ao mesmo órgão que a empreendeu num primeiro momento. Significa, então, que um mesmo órgão jurisdicional concentra, em relação a uma mesma decisão judicial, as figuras de juízo *a quo* e juízo *ad quem*.

Apesar dessa concentração, a distinção existente entre as figuras de juízo *a quo* e juízo *ad quem* é indispensável para que o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos embargos de declaração atue em atenção às peculiaridades das atribuições inerentes a cada uma delas. Assim, notadamente na condição de juízo *ad quem*, espera-se do órgão jurisdicional competente para o julgamento dos embargos de declaração postura coincidente com aquela na qual naturalmente se encontra a maior parte dos órgãos jurisdicionais incumbidos do julgamento de recursos, qual seja, de ineditismo frente à situação jurídica que exige a sua intervenção. Nem sempre, é preciso reconhecer, essa distinção se revela tão clara ao órgão jurisdicional incumbido do julgamento dos embargos de declaração. Há uma tendência por parte do juiz, até mesmo natural, de ver nas decisões que profere uma obra completa e acabada, imune a aperfeiçoamentos, daí resultando o (também natural) preconceito a críticas que as desqualifiquem. Essa postura obviamente influencia o julgamento dos embargos de declaração, pois incute no julgador a presunção de improcedência da medida.

A competência conferida para julgamento dos embargos de declaração impõe ao juiz abstrair da sua condição de anterior prolator da decisão embargada e, considerando inédita a situação jurídica que lhe é apresentada, repetir a atividade jurisdicional já empreendida – agora com a finalidade de verificar se a decisão recorrida incide em algum dos vícios sanáveis por meio dos embargos de declaração, entre os apontados pelo embargante –, evitando qualquer forma de prejulgamento.

Muito além de mera atribuição funcional, a competência para julgamento dos embargos de declaração prestigia o órgão jurisdicional prolator da decisão embargada, ao nele depositar o poder de reformar a sua própria decisão – e,

com isso, quiçá, também solucionar definitivamente o conflito subjacente ao processo –, de maneira mais célere e econômica do que a propiciada pelos demais recursos. Não raras vezes, os embargos de declaração permitem ao próprio julgador sanar os mais variados vícios existentes na decisão embargada, com isso evitando o empreendimento de atividade por outro órgão jurisdicional e, por extensão, maior demora na solução definitiva do conflito.

A adequada compreensão da posição detida pelo órgão competente para julgar os embargos de declaração também tende a assegurar, em certas situações concretas, o alcance de resultados diversos dos atualmente obtidos.

3 O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 897-A, *caput*, disciplina, entre outras questões, o cabimento dos embargos de declaração:

Art. 897-A. Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

A regra consolidada parece disciplinar o cabimento dos embargos de declaração em relação tanto às espécies de decisões judiciais que desafiam o uso da medida (sentença e acórdão) como aos vícios existentes nessas decisões judiciais que podem ser corrigidos por meio da medida (omissão, contradição e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso).

Quanto aos vícios que podem ser corrigidos por meio dos embargos de declaração, contudo, a regra consolidada não os arrola em caráter exaustivo. A regra, antes de definir os vícios que podem ser corrigidos por meio dos embargos de declaração, positiva hipóteses em que, conforme já vinham admitindo doutrina e jurisprudência, essa medida poderia conduzir à modificação da decisão embargada. Assim, permanece aplicável subsidiariamente ao direito processual do trabalho (CLT, art. 769) o artigo 535 do CPC, que arrola, como vícios passíveis de correção por meio dos embargos de declaração, a obscuridade, a contradição e a omissão. É evidente, de qualquer sorte, que a regra consolidada consagra o cabimento dos embargos de declaração para correção, também, de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de recurso.

Da conjugação das regras previstas nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT resulta, pois, o cabimento dos embargos de declaração quando a sentença ou o acórdão incorrer em (i) obscuridade, (ii) contradição, (iii) omissão e (iv) manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de recurso.

A obscuridade, como vício sanável por meio dos embargos de declaração, ocorre quando a decisão judicial não é suficientemente clara naquilo que

explícita ou procura explicitar e, por isso, não permite a exata compreensão da ideia ou do pensamento nela exposto, ou, ainda, do alcance por ela visado.

Também padece de obscuridade a decisão judicial que admite mais de uma interpretação sem revelar qual, entre todas, coincide com a pretendida pelo seu prolator. Em situações tais, os embargos de declaração viabilizam, de imediato, a obtenção de certeza acerca da interpretação pretendida pelo prolator da decisão embargada e por ele até então não explicitada. Essa definição ganha importância em situações em que a produção dos efeitos concretos visados pela decisão judicial pode provocar a intervenção de outros juízes, que não o seu prolator, ou depende de atuação das próprias partes da relação processual, as quais, então, estão autorizadas, por meio dos embargos de declaração, a exigir do juiz prolator maiores detalhes acerca do exato alcance da decisão embargada.

A contradição, por sua vez, decorre da existência de duas ou mais proposições inconciliáveis na decisão embargada. A decisão judicial é contraditória quando contém duas ou mais afirmações ou conclusões conflitantes entre si, encontradas numa mesma ou em diferentes partes da sua estrutura, em especial na fundamentação, no dispositivo ou, no caso de acórdãos, na ementa. Não traduzem contradição, numa visão restritiva de cabimento dos embargos de declaração, afirmações contidas na decisão embargada que se mostram conflitantes com outros elementos existentes nos autos do processo, como documentos ou depoimentos, ou com textos normativos. Essas situações, segundo a mesma visão, caracterizam erro de julgamento, cuja correção, em princípio, não se viabiliza por meio dos embargos de declaração.

Entretanto, à luz de uma compreensão mais aberta de cabimento dos embargos de declaração, a existência de incoerências evidentes entre proposições contidas na decisão embargada e em outros elementos disponíveis nos autos do processo ou em textos normativos aplicáveis à hipótese apreciada pela decisão embargada também pode ser admitida como tradutora de contradição e, por extensão, invocada por meio dos embargos de declaração. Essa conclusão prevalece mesmo quando as proposições contidas em outros elementos existentes nos autos do processo ou em textos normativos não são explicitamente mencionadas na decisão embargada, pois é presumível que elas não passaram despercebidas ao juízo prolator, já que a este incumbe examinar atentamente os autos do processo e conhecer o ordenamento jurídico vigente – se porventura elas realmente não são consideradas, o que se espera seja admitido pelo juízo prolator, então a decisão embargada incorre em omissão, vício cuja correção também pode ser provocada por meio dos embargos de declaração. Em casos tais, a recusa à correção do vício, a pretexto de não se estar diante de contradição intrínseca à decisão embargada, implica negar vigência aos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da duração razoável do processo.

Já a omissão desafiadora dos embargos de declaração ocorre quando a decisão judicial deixa de examinar pontos ou questões relevantes à solução

do processo, aí também incluídos os que, por imposição legal, devem ser analisados de ofício pelo julgador, como, por exemplo, os pressupostos processuais e as condições da ação. Ocorre também, conforme salientado anteriormente, quando a decisão judicial deixa de considerar elementos disponíveis nos autos do processo igualmente relevantes à sua solução ou em textos normativos aplicáveis à hipótese nela examinada.

Por fim, os pressupostos extrínsecos do recurso são aqueles que dizem respeito ao ato em si de interposição do recurso e envolvem elementos externos à decisão judicial recorrida. Em geral, são pressupostos extrínsecos que condicionam a admissibilidade dos recursos a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. E, a considerar a literalidade da regra contida no artigo 897-A da CLT, os embargos de declaração, quando apoiados na ocorrência de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, somente cabem contra acórdão – pois a sentença não se presta a avaliar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos – e, por extensão, contra decisão que promove o segundo juízo de admissibilidade do recurso.

A possibilidade de ocorrência de manifesto equívoco quando do exame de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos existe em relação tanto aos requisitos extrínsecos como aos requisitos intrínsecos. Assim, nada justifica limitar o cabimento dos embargos de declaração a situações envolvendo o exame dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade de recursos, tal como resulta da interpretação puramente literal da regra contida no artigo 897-A da CLT. Atenta contra os princípios reitores da atuação jurisdicional o veto à utilização dos embargos de declaração com a finalidade de denunciar a existência de equívoco evidente no exame de pressupostos intrínsecos de admissibilidade de recursos quando é indiscutível a possibilidade fazê-lo em relação aos pressupostos extrínsecos.

Ainda, a possibilidade de ocorrência de equívoco manifesto é inerente a qualquer decisão judicial, e não somente àquelas que avaliam o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos. Tenham por conteúdo o exame de outros aspectos procedimentais ou o próprio julgamento do conflito, as decisões judiciais podem incorrer em erros manifestos – de procedimento, no primeiro caso, e de julgamento, no segundo caso. Orientada pelos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo, a interpretação extensiva da regra contida no artigo 897-A da CLT potencializa a utilização dos embargos de declaração também para o fim de sanar manifestos equívocos no exame de quaisquer pontos ou questões, tanto de natureza puramente processual como vinculados ao mérito da ação.

Além da interpretação extensiva que os princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo permitem conferir à regra prevista no artigo 897-A da CLT, há outro fundamento que justifica a admissibilidade dos embargos de declaração com a finalidade de sanar

manifestos equívocos no exame de quaisquer pontos ou questões. É tão estreita a relação entre o equívoco manifesto e o erro material que, mesmo não sendo possível enquadrar o primeiro como espécie do segundo, no mínimo ambos podem se sujeitar a um mesmo tratamento. E, se os erros materiais podem ser corrigidos tanto de ofício como a requerimento das partes, conforme autoriza o parágrafo único do artigo 897-A da CLT, é lícito a qualquer destas valer-se dos embargos de declaração para requerer a correção tanto de erros materiais como de outros erros manifestos.

O erro material é o erro que à primeira vista surpreende negativamente o leitor da decisão judicial, diante do evidente absurdo que ela revela. É possível, no entanto, que aquilo que ao leitor parece ser erro material corresponde, em realidade, a erro de procedimento ou a erro de julgamento. Por isso, é necessário extrair da decisão judicial que aquilo que ela expressa não reproduz a ideia, o raciocínio ou a conclusão a que chegou o seu prolator, pois, não raro, aquilo que ao leitor parece ser erro material é, em realidade, a vontade conscientemente manifestada pelo prolator da decisão judicial – embora possa efetivamente ser taxada de erro, mas de outra ordem.

O erro material se reflete em erros de escrita e erros de cálculo. Os erros de escrita compreendem os erros decorrentes de qualquer meio utilizado para representar palavras e símbolos (datilografia, digitação, etc.), tanto quando o prolator da decisão expressa a sua ideia ou conclusão como quando transcreve o conteúdo de outros elementos existentes nos autos do processo. Os erros de cálculo, por sua vez, advêm de equívocos cometidos na realização de operações aritméticas, em qualquer de suas etapas: transcrição das bases de cálculo, escolha da operação (soma, subtração, multiplicação, divisão) e resultado.

Como o erro material, o erro manifesto se caracteriza, principalmente, pela ausência de voluntariedade, pela não intencionalidade. É o erro não pretendido e, também, o erro que seria evitado caso as premissas que apoiam a conclusão fossem consideradas a partir de outras perspectivas possíveis ou, ainda, a conclusão fosse baseada em premissas diversas daquelas consideradas. Assim, em situações em que é sustentável a possibilidade de a decisão ter incorrido em erro manifesto, sem que nela constem elementos indicativos de que, em realidade, está-se diante de escolha conscientemente manifestada pelo julgador, os embargos de declaração devem ser admitidos com a finalidade de obter-se certeza acerca da verdadeira intenção do julgador e, sendo então por este admitida a ocorrência de erro manifesto, obter-se desde já a correção do vício.

4 O EFEITO INTERRUPTIVO RESULTANTE DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A regra definida no artigo 538 do CPC – a qual, diante da omissão que o caracteriza, aplica-se ao direito processual do trabalho (CLT, art. 769) – estabelece que “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

É crescente o número de decisões que, não admitindo os embargos de declaração ou negando-lhes conhecimento, não emprestam à sua interposição o efeito interruptivo previsto no artigo 538 do CPC, prática que vem sendo adotada inclusive em situações em que o não conhecimento dos embargos de declaração se dá sob o fundamento de inexistência, na decisão embargada, de qualquer dos vícios que desafiam a utilização desse recurso.

A ausência de qualquer ressalva definida no artigo 538 do CPC poderia sugerir que o efeito interruptivo do prazo para a interposição de outros recursos se opera em razão da mera interposição dos embargos de declaração, sejam estes conhecidos ou não. No entanto, essa não é a melhor interpretação que se pode conferir àquela regra.

A prática de atos processuais, é sabido, se sujeita à observância de certos requisitos. E, no caso da interposição de recursos, esses requisitos coincidem, em maior medida, com os pressupostos de admissibilidade, cujo preenchimento, então, em tese também é indispensável ao conhecimento dos embargos de declaração.

Conquanto não se elimine a possibilidade de exigência de preparo como pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração – basta pensar na hipótese em que a parte, mesmo diante de decisão que, entendendo-a incursa na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, eleva o valor da multa antes imposta em razão dos primeiros embargos de declaração manifestamente protelatórios, ainda pretende valer-se, uma vez mais, dos embargos de declaração (ou seja, dos terceiros embargos de declaração), em que a interposição destes é condicionada ao depósito do valor da multa (CPC, art. 538, parágrafo único) –, como regra o conhecimento dos embargos de declaração condiciona-se ao preenchimento somente dos outros pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, preparo, regularidade formal e representação).

Entre esses pressupostos gerais de admissibilidade dos embargos de declaração, certamente há um cujo não preenchimento não pode conduzir à recusa de outorga do efeito interruptivo a que alude o artigo 538 do CPC: o cabimento. Na técnica processual (CLT, art. 897-A e CPC, art. 535), o pronunciamento sobre a existência ou não, na decisão embargada, dos vícios invocados por meio dos embargos de declaração envolve a análise do cabimento ou não desse recurso. Em realidade, no entanto, esse pronunciamento examina o próprio mérito dos embargos de declaração, pois a finalidade dessa medida reside justamente na possibilidade de denunciar a existência de determinados vícios na decisão embargada para que, então, sejam sanados.

Assim, a decisão proferida em razão da interposição de embargos de declaração, quando entender pela inexistência dos vícios que desafiam a utilização desse recurso, seja negando-lhe conhecimento, seja negando-lhe provimento, é insuscetível de subtrair-lhe a força interruptiva do prazo para interposição de outros recursos.

5 A REPRESSÃO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS COM INTUITO MANIFESTAMENTE PROTTELATÓRIO

Ao mesmo tempo em que assegura às partes da relação processual uma gama bastante ampla de direitos e faculdades processuais, o ordenamento jurídico lhes impõe certos deveres processuais. Nesse sentido, prevê o artigo 14 do CPC – aplicável subsidiariamente ao direito processual do trabalho (CLT, art. 769):

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

A interposição de recurso com intuito manifestamente prottelatório viola o dever estabelecido no inciso IV do artigo 14 do CPC, de não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, e, ademais, caracteriza litigância de má-fé (CPC, art. 17, inc. VII), sujeitando o recorrente “[...] a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (CPC, art. 18).

Diante da natureza recursal que reveste os embargos de declaração, a sua interposição com finalidade manifestamente prottelatória configura litigância de má-fé. No entanto, a consequência daí resultante conta com disciplina própria, contida no parágrafo único do artigo 538 do CPC, segundo a qual a interposição de embargos de declaração manifestamente prottelatórios sujeita o recorrente, num primeiro momento, “[...] a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa” e, em caso de reiteração de embargos de declaração prottelatórios, à majoração da multa antes imposta até o máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, situação em que, ademais, o depósito desse valor condiciona a admissibilidade do recurso subsequente. Portanto, a se entender que a interposição dos embargos de declaração apresenta manifesto intuito prottelatório, não há margem de aplicação de outra multa que não aquela prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC.

Ademais, a imposição da penalidade não dispensa a constatação de evidente propósito prottelatório na interposição dos embargos de declaração, ou seja, de conduta pautada por intenção dolosa ou, no mínimo, caracterizadora

de culpa grave ou erro grosseiro. Como demonstrado anteriormente, os embargos de declaração, compreendidos de acordo com os limites permitidos pelos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo, em muitas situações podem conduzir à própria reforma da decisão embargada. Por isso, não é qualquer hipótese de não conhecimento ou não provimento dos embargos de declaração que autoriza reputá-los manifestamente protelatórios. Ao contrário, essa conclusão somente se justifica quando, por exemplo, as razões de embargos de declaração apontam a existência de obscuridade quanto a aspectos em que a decisão embargada explicita claramente não só a ideia ou o pensamento nela exposto, como também o alcance por ela visado e a própria interpretação conferida pelo seu prolator; de omissão em relação a pontos ou questões totalmente alheios aos limites da lide; de erro manifesto quanto a aspectos em que a decisão embargada consigna claramente tratar-se de vontade conscientemente manifestada pelo seu prolator; e de contradição em relação à proposição sequer formulada na decisão embargada.

Certamente que o efeito interruptivo do prazo para interposição de outros recursos que se opera com a apresentação dos embargos de declaração – do que resulta, obviamente, mais tempo para exame da decisão embargada, naquilo que possa desafiar a interposição de outro recurso – tende a estimular a utilização dessa medida. Mesmo assim, não se pode presumir genericamente, a partir do não conhecimento ou não provimento dos embargos de declaração, que a medida foi utilizada com inequívoco interesse protelatório.

Com a reiteração de embargos de declaração já reputados manifestamente protelatórios – e, em razão disso, a imposição de multa de até 1% sobre o valor da causa – surge a possibilidade de elevação do valor da multa até o máximo de 10% sobre o valor da causa, se os novos embargos de declaração exibirem intenção procrastinadora.

A elevação do valor da multa pressupõe a existência de anterior decisão cujo conteúdo explicitamente reconheça a intenção manifestamente protelatória dos embargos de declaração nela examinados e, adicionalmente, em razão disso imponha condenação do embargante ao pagamento de multa de até 1% sobre o valor da causa. Assim, mostra-se equivocada a imposição de multa superior a 1% sobre o valor da causa, a pretexto de o embargante incorrer na reiteração de embargos de declaração protelatórios, quando a decisão que examinou os embargos de declaração anteriores não os reputou manifestamente protelatórios e não impôs multa de até 1% sobre o valor da causa.

Na mesma linha, a elevação do valor da multa pressupõe a interposição de embargos de declaração subseqüentes à decisão que, julgando embargos de declaração anteriores, os repute manifestamente protelatórios e aplique multa de até 1% sobre o valor da causa. A reiteração que o parágrafo único do artigo 538 do CPC elege como suporte fático da elevação do valor da multa certamente se refere aos embargos de declaração em razão dos quais se impôs a mesma multa, limitada, inicialmente, a 1% sobre o valor da causa.

Se, subseqüentemente à decisão que reputar manifestamente protelatórios os embargos de declaração e impuser multa de até 1% sobre o valor da causa, a parte não interpuser – leia-se, não reiterar – embargos de declaração ou os interpuser sem que sejam considerados reiteradamente protelatórios, não é possível que futuramente os embargos de declaração interpostos em razão de outra decisão sejam considerados reiteradamente protelatórios e, de imediato, imposta multa de até 10% sobre o valor da causa. A disposição contida no parágrafo único do artigo 538 do CPC, porque instituidora de penalidade, merece interpretação restritiva.

Por fim, nem mesmo a franca possibilidade de os embargos de declaração serem interpostos com finalidade manifestamente protelatória justifica a adoção de prática que vem ganhando força, em especial quando da prolação de sentenças: a inclusão de texto-padrão, contendo alerta no sentido de que a interposição de embargos de declaração, contra a decisão que consigna o alerta, com finalidade manifestamente protelatória será penalizada com a aplicação da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC. Trata-se de prática destituída de qualquer técnica própria à confecção de atos judiciais decisórios, pois estes, como regra, envolvem o exame de situações concretas sobre as quais deve incidir determinada norma jurídica. Trata-se, também, de prática que conspira contra a economia processual, pois revela que o ato decisório acaba examinando situação em tese e, pior, fazendo-o mediante mera reprodução literal do texto legal. Ademais, é perceptível que a prática vem sendo adotada sem ao menos ter sido constatada a ocorrência, em algum momento anterior do procedimento, de infração a deveres processuais afetos às partes. Também é fácil perceber que as decisões que consagram essa prática não se preocupam em estender o exercício de futurologia a outras situações vindouras, principalmente aquelas relacionadas à concretização dos seus comandos no âmbito das relações jurídicas substanciais que avaliam, o que em muitos casos evitaria dúvidas e debates futuros.

Na forma como essa prática vem sendo adotada, é visível que a sua finalidade é meramente a de intimidar o uso dos embargos de declaração.

6 CONCLUSÕES

A conjugação dos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo potencializa os embargos de declaração e, por extensão, impõe ao juiz reconhecer-lhes eficácia máxima e confere aos legitimados à sua utilização direito à defesa de interpretação no sentido do seu cabimento à situação concreta exposta e, nessa parte, à obtenção de resposta jurisdicional que, concluindo contrariamente, explicita satisfatoriamente as razões que apoiam a rejeição da tese apreciada.

A competência conferida para julgamento dos embargos de declaração impõe ao juiz abstrair da sua condição de anterior prolator da decisão embargada e, considerando inédita a situação jurídica que lhe é apresentada, repetir a atividade jurisdicional já empreendida – agora com a finalidade de

verificar se a decisão recorrida incide em algum dos vícios sanáveis por meio dos embargos de declaração, entre os apontados pelo embargante –, evitando qualquer forma de prejulgamento.

À luz de uma compreensão mais aberta de cabimento dos embargos de declaração, a existência de incoerências evidentes entre proposições contidas na decisão embargada e em outros elementos disponíveis nos autos do processo ou em textos normativos aplicáveis à hipótese apreciada pela decisão embargada também pode ser admitida como tradutora de contradição e, por extensão, pode ser invocada por meio dos embargos de declaração.

Orientada pelos princípios da efetividade da atividade jurisdicional e da razoável duração do processo, a interpretação extensiva do artigo 897-A da CLT viabiliza a utilização dos embargos de declaração também para o fim de sanar manifestos equívocos no exame de quaisquer pontos ou questões, tanto de natureza puramente processual como vinculados ao mérito da ação.

A decisão proferida em razão da interposição de embargos de declaração, quando entender pela inexistência dos vícios que desafiam a utilização desse recurso, seja negando-lhe conhecimento, seja negando-lhe provimento, é insuscetível de subtrair-lhe a força interruptiva do prazo para interposição de outros recursos.

A imposição da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC não dispensa a constatação de evidente propósito protelatório na interposição dos embargos de declaração, ou seja, de conduta pautada por intenção dolosa ou, no mínimo, caracterizadora de culpa grave ou erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código de Processo Civil. In: BRASIL. *Vade Mecum*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. In: BRASIL. *Vade Mecum*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). In: BRASIL. *Vade Mecum*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NALINI, José Renato. A Reforma do Judiciário e a Formação dos Juízes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. v. II, São Paulo: LTr, 2009.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A IMPORTÂNCIA DA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL PARA A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA – NECESSÁRIA REVISÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ARTUR PEIXOTO SAN MARTIN*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A prisão do depositário infiel, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica; 3 O status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos; 4 Uma análise crítica do posicionamento adotado; 4.1 Da distinção entre a natureza jurídica da prisão por dívidas e da prisão do depositário judicial; 4.2 A ilicitude da prisão do depositário judicial e o princípio da efetividade do processo; 4.3 A natureza alimentar do crédito trabalhista; 4.4 O princípio da norma mais favorável; 5 Alternativas; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, tendo decidido reiteradamente acerca de ilicitude da prisão do depositário infiel, independentemente da modalidade do depósito, editou a Súmula Vinculante nº 25 em 16.12.2009.

Essa posição do Pretório Excelso, longe de representar uma questão meramente acadêmica, referente à interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, mormente o Direito Constitucional, como se verá adiante, teve profundas implicações práticas em diversos institutos jurídicos que se valiam da medida para reforçar sua efetividade. Assim sucedeu com a alienação fiduciária em garantia, por exemplo.

No entanto, a implicação mais profunda da referida súmula se situa, talvez, na mudança que operou na sistemática da execução. Com efeito, a decisão do Supremo, considerando ilícita a prisão do depositário infiel, abarcou também a figura do depositário judicial, suprimindo, pois, uma importante ferramenta das mãos do juiz na busca pela tão sonhada efetividade da execução, como corolário do direito fundamental à efetividade do processo.

Isso, porque a possibilidade de restringir a liberdade do depositário judicial, quando este vinha a descumprir ordem do Juízo, não apresentando

* Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Gramado - RS. Integrante do Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do TRT da 4ª Região.

os bens confiados em depósito, representava sanção bastante rigorosa, o que influenciava sobremaneira na postura daquele quanto ao escorreito cumprimento do seu mister.

Todavia, com a edição da súmula vinculante, tornou-se impossível a utilização desse mecanismo. Assim, o presente estudo se destina a averiguar as consequências práticas dessa nova disciplina, examinando o impacto causado na execução trabalhista, bem como a analisar possíveis alternativas que visem a suprir a contribuição da agora ilícita prisão do depositário infiel à efetividade da execução.

2 A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL, A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase na história jurídica do país, em virtude do caráter extremamente democrático com que foram elaboradas suas normas.

No entanto, nesse contexto, um ponto específico ganha extremo relevo, na medida em que representa um dos traços mais marcantes do novo panorama jurídico instaurado: a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre o assunto, assevera Paulo Bonavides (2011, p. 547-548):

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto de direito objetivo como do direito subjetivo.

Isso já se pode comprovar a partir do exame meramente perfunctório do texto constitucional, pois, ao contrário das Cartas anteriores, a atual, antes de disciplinar a organização do Estado, traz em seu bojo, primeiramente, uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, como que para demonstrar que toda a ordem jurídica deve estar erigida a partir do homem, ao mesmo tempo em que também é a este dirigida.

Assim é que os direitos fundamentais passaram a ocupar lugar de destaque no estudo de qualquer ramo do saber jurídico, como fruto também da contemporânea compreensão pós-positivista do direito.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, um vasto rol de direitos e garantias fundamentais, condensando, precipuamente, em seu art. 5º, os chamados direitos fundamentais de primeira geração (ou de primeira dimensão).

Dentre estes, aquele contido no inciso LXVII merece especial destaque para o objetivo da presente investigação. Referida norma constitucional assim

dispõe: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Tal norma constitucional consagrou a chamada responsabilidade patrimonial do devedor, excluindo, pois, a possibilidade deste vir a responder pessoalmente por suas dívidas, como já vigorou em ordenamentos jurídicos de outrora. (LEITE, 2010, p. 975-976).

Todavia, o dispositivo constitucional não se olvidou de registrar, expressamente, hipóteses de exceção à regra geral, exceções estas que, diga-se de passagem, não representavam nenhuma novidade na ordem jurídica brasileira¹.

Ocorre que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha feito expressa ressalva acerca da possibilidade de prisão civil por dívidas do depositário infiel, o Brasil, em 1992, através do Decreto nº 678, incorporou ao seu ordenamento jurídico interno a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que dispõe em seu art. 7º, nº 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Assim, passou-se a verificar a existência de certa antinomia no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a Constituição Federal e outros diplomas infraconstitucionais permitiam a prisão por dívidas do depositário infiel, mas o Pacto de São José da Costa Rica vedava tal possibilidade, através do silêncio eloquente do dispositivo transcrito.

3 O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Para resolver o referido impasse, fazia-se necessário averiguar, pois, qual o status normativo dos tratados internacionais, de maneira que fosse solucionada a antinomia constatada.

A doutrina majoritária e a jurisprudência do STF sempre foram no sentido de que os tratados internacionais, ao serem incorporados ao direito interno, passavam a gozar do status de lei ordinária, conforme se vê do seguinte julgado:

[...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis

¹ A prisão do devedor de alimentos já estava prevista há muito pela Lei nº 5.478/68 e desde a Constituição de 1946. O mesmo quanto à prisão do depositário infiel, também expressamente prevista pelo art. 904 do Código de Processo Civil.

ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. [...]

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 MC. Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997. DJ 18.05.2001, p. 00429. Ementário, v. 02031-02, p. 00213).

O STF entendia, inclusive, que tal posicionamento não comportava exceção, ainda que se tratasse de normas internacionais de direitos humanos, como decidido no HC nº 72.131/RJ:

EMENTA: “Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72131, Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 de novembro de 1995, DJ 01.08.2003, p. 00103 Ementário, v. 02117-40, p. 08650)

Assim, em princípio, não haveria quaisquer dúvidas: o Pacto de São José da Costa Rica, ingressando no ordenamento pátrio com o status de lei ordinária, não teria qualquer força derogadora sobre a norma da Constituição Federal, em virtude de sua posição inferior na pirâmide hierárquica das normas.

Ocorre que a Carta Magna de 1988, em virtude de sua incansável busca pela afirmação dos direitos fundamentais, dispôs no § 2º de seu art. 5º: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

Ora, tal norma constitucional claramente acarretava a insustentabilidade da clássica tipologia hierárquica dos tratados internacionais com paridade às leis ordinárias, quando estes versassem sobre direitos humanos, porquanto a nova ordem constitucional inaugurada não a dava suporte.

Tal questão ganhou, ainda, novos contornos por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, inserindo o § 3º no mencionado art. 5º da CF/88, estabeleceu:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, verificou-se por parte do constituinte, seja originário, seja derivado, uma clara intenção de valorizar as normas internacionais reconhecedoras de direitos humanos, o que, então, obrigava a Ciência do Direito, através, principalmente, do Direito Constitucional e do Direito Internacional, a dar uma resposta mais condizente com os objetivos perquiridos pela nova Carta Magna, no que tange à classificação hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, basicamente três teorias procuraram superar a clássica tipologia e apresentar uma nova classificação hierárquica das referidas normas, a saber:

- a) teoria do status supraconstitucional;
- b) teoria do status constitucional; e
- c) teoria do status supralegal.

A primeira, cujas bases teóricas foram lançadas por Hans Kelsen, tem Celso D. Albuquerque Mello como seu principal defensor no Brasil. Tal teoria sustenta, em síntese, que as normas de direito internacional consagradoras de direitos humanos ingressam no ordenamento interno com o status de supraconstitucionalidade, defendendo, pois, a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno nesse aspecto.²

A segunda delas é defendida pelo Min. Celso de Mello, do STF, conforme citado em seu voto no HC nº 87.585/TO, amparado também nas lições de Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Seus adeptos sustentam, em síntese, que quaisquer tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são materialmente constitucionais e, portanto, com base no art. 5º, § 2º, da CF/88, integram o chamado bloco de constitucionalidade, possuindo, pois, o status de norma constitucional.

A terceira delas, adotada pelo STF, defende que, em razão da inserção do § 3º no art. 5º da CF, pela EC nº 45/04, somente as normas internacionais de direitos humanos que passarem pelo rito procedimental de aprovação previsto

² MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed., Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004, *apud* TARSITANO, Bruno da Silva. O Fim da Prisão do Depositário Infiel e a Hierarquia dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Vox Juris*, Ano 2, v. 2, nº 1, 2009. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/espaco_graduando_artigo2.pdf>. Acesso em 27 ago. 2012.

no citado dispositivo é que viriam a gozar do status de norma constitucional. No entanto, em virtude do § 2º do mesmo artigo, tal espécie de normas internacionais, quando não aprovada na forma do § 3º, passa a gozar do status de norma supralegal, ou seja, acima da lei, mas abaixo da Constituição.

Com base nesse entendimento, da Teoria do Status Supralegal, então, é que o STF passou a decidir que a prisão por dívidas do depositário infiel, embora autorizada pela Constituição Federal, tornou-se ilícita, na medida em que o Pacto de São José da Costa Rica, com seu caráter de supralegalidade, teria o condão de paralisar toda e qualquer legislação de hierarquia inferior que dispusesse em sentido contrário.

Eis os seguintes julgados:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008, DJe-104. Divulgado 04.06.2009, publicado 05.06.2009. Ementário, v. 02363-06, p. 01106. Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 00210-02, p. 00745. RDECTRAB v. 17, nº 186, 2010, p. 29-165).

EMENTA: HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO WRIT AJUIZADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO PLENÁRIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito

exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. Na concreta situação dos autos, a prisão civil do paciente foi decretada com base nos artigos 652 do Código Civil e 904, parágrafo único, do Diploma Civil Adjetivo. A autorizar, portanto, a mitigação da Súmula 691. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94523. Primeira Turma. Relator(a): Ministro Carlos Britto. Brasília, 10 de fevereiro de 2009, DJe-048. Divulgado 12.03.2009, publicado 13.03.2009. Ementário, v. 02352-02, p. 00343. LEX STF v. 31, nº 363, 2009, p. 419-423).

Assim sendo, os dispositivos da legislação ordinária, como o art. 652 do Código Civil, que davam amparo à prisão por dívidas do depositário infiel restariam paralisados, em virtude da existência de norma de hierarquia superior em sentido contrário.

O Tribunal Superior do Trabalho também se curvou ao posicionamento da Suprema Corte:

“HABEAS CORPUS”. DEPOSITÁRIO INFIEL. INVOCAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969). IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

[...] 3. A par de a Constituição Federal prever expressamente a prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), o próprio art. 7.7 do Pacto de São José excepciona a prisão por descumprimento de obrigação alimentar, “*verbis*”: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

4. Vê-se, de forma clara, que o dispositivo em tela admite exceções, em relação ao descumprimento de obrigação alimentar, nas quais se enquadra o crédito judicial trabalhista. Daí a inexistência de conflito entre o art. 7.7 do Pacto de São José e o art. 5º, LXVII, da CF, que prevê expressamente a prisão civil do depositário infiel.

5. No entanto, com ressalva de entendimento pessoal, adoto a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal firmada no processo RE-466.343/SP, relatado pelo Min. Cezar Peluso e julgado na sessão de 03.12.2008 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 12.12.2008, para conceder a ordem, calcado no Pacto de São José da Costa Rica.

Recurso ordinário provido para conceder a ordem de “habeas corpus”.

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 1339200-64.2008.5.02.0000, Relatora: Ministra Maria Doralice Novaes, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Brasília, 15 de setembro de 2009. Publicado 25.09.2009).

“HABEAS CORPUS”. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. A matéria referente à prisão do depositário infiel

não mais comporta interpretação nos Tribunais, tendo em vista o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal em recentes julgados. A jurisprudência da Suprema Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Tal entendimento redundou, inclusive, no cancelamento da Súmula nº 619 daquele Tribunal. Precedentes. Ordem de “habeas corpus” concedida, para fim de manter o salvo conduto expedido em favor da Paciente Laurides da Silva Oliveira.

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Habeas Corpus nº 2181636-25. 2009.5.00.0000. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 02 de fevereiro de 2010. Publicado 19.02.2010).

Assim, após reiteradas decisões nesse mesmo sentido, o STF, então, editou a Súmula Vinculante nº 25, dispondo que “*é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO

4.1 Da distinção entre a natureza jurídica da prisão por dívidas e da prisão do depositário judicial

O posicionamento adotado pelo STF não está imune a críticas.

Primeiramente, porque a norma contida no nº 7 do art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica pretende vedar, na realidade, hipóteses de restrição da liberdade em virtude de dívidas, isto é, evitar que o confinamento pessoal seja utilizado como meio de obrigar o devedor a satisfazer os seus credores. Tanto é que o dispositivo internacional inicia regramdo que “*ninguém deve ser detido por dívidas*”³.

No entanto, a possibilidade de prisão do depositário judicial não corresponde a qualquer hipótese de prisão por dívidas.

Na verdade, cabe esclarecer que o depósito judicial é uma das espécies de depósito prevista na ordem jurídica, consistente no ato de cometer a alguém a guarda e conservação de bens apreendidos em processo judicial.

Tal função é regida por normas de direito público, na medida em que o depositário judicial corresponde a auxiliar do Juízo, nos termos do art. 139 do CPC, o que se diferencia bastante do depositário previsto pelo art. 627 do Código Civil.

Assim, a norma contida no Pacto de São José da Costa Rica poderia, em verdade, proibir eventual prisão por dívidas de depositário infiel, quando

³ No mesmo sentido também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 11, estabelece: “*Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual*”. Essa norma internacional foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho 1992.

decorrente de relações jurídicas de natureza privada, no estreito campo do direito obrigacional, como, por exemplo, a previsão do art. 652 do Código Civil.

Todavia, tal aspecto em nada interfere na prisão do depositário judicial infiel, visto que esta corresponde a medida de natureza processual, desvinculada de qualquer hipótese de prisão por dívidas, que é o aspecto retratado no referido diploma internacional e na Constituição Federal de 1988.

Dito de outro modo: a prisão civil por dívidas não tem relação com a prisão do depositário judicial infiel. Aquela, vedada pelo ordenamento jurídico, consoante a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos adotada pelo STF, insere-se no campo do direito privado, mais especificamente do direito obrigacional; esta, por sua vez, é decorrente do descumprimento de normas de ordem pública, relacionadas ao encargo também público assumido pelo depositário no curso da execução.

Sobre a matéria, são percutientes as lições de José Adelly da Silva Acioli:

Na verdade, observados seus elementos constitutivos, não há qualquer coincidência entre as modalidades do depósito civil e do depósito judicial, relacionando-se apenas de forma línquia pela utilização de uma expressão polissêmica, genérica e não unívoca, que distorce completamente os fundamentos de sua utilização.

O pressuposto de validade da prisão civil do depositário judicial, ao contrário do que se possa imaginar, não está no permissivo constitucional da retenção civil do depositário infiel como exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívida, pois, na verdade, justifica-se pelo seu caráter *contempt of court*, em nada dizendo respeito ao direito obrigacional discutido, sentenciado e em execução, tratando-se de uma medida coercitiva indireta emanada sobre a vontade do *Custode*, a fim de que cumpra fidedignamente os encargos assumidos sob a égide de normas de direito público, obedecendo ao mandamento judicial para a entrega da coisa no estado em que se encontrava no momento da nomeação⁴. (ACIOLI, 2011, p. 56-57)

No mesmo sentido, o escólio de Mauro Schiavi:

[...] o art. 7, item 7, da Convenção Interamericana de Direito Humanos proíbe a prisão por dívidas. O depositário tem uma obrigação processual de natureza pública para entrega do bem penhorado que está sob sua guarda. Não se trata, no nosso sentir, de prisão por dívida, mas pelo não cumprimento de um encargo público. (SCHIAVI, 2012, p. 1057)

⁴ O autor, nesta brilhante monografia sobre o tema, defende que o instituto da prisão do depositário judicial infiel possui origem na figura do *contempt of court*, oriunda dos países da *common law* e incorporada no Brasil pelo art. 14 do CPC, por exemplo. O *contempt of court* ensejaria a elaboração de mecanismos jurídicos com o objetivo de garantir a autoridade e a eficácia das decisões judiciais.

Aliás, esse também foi o posicionamento defendido pelo Min. Menezes Direito, por ocasião do julgamento do HC nº 87.585/TO, quando o STF estava firmando seu entendimento acerca da matéria:

Por essa razão, sequer incluo nesse cenário o depositário judicial, que, na minha avaliação, tem outra natureza jurídica apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósito.

Nesse caso específico, a prisão não é decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito a um múnus público. Entre o juiz e o depositário dos bens apreendidos judicialmente a relação que se estabelece é, com efeito, de subordinação hierárquica, já que este último está exercendo, por delegação, uma função pública.

Da mesma forma, o Enunciado Propositivo nº 2 da Jornada Nacional sobre a Execução na Justiça do Trabalho, ocorrida em novembro de 2009 em Cuiabá-MT:

2. PRISÃO POR “CONTEMPT OF COURT” NO PROCESSO DO TRABALHO. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ. POSSIBILIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE REVISÃO PARCIAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, por estar autorizada pela norma do art. 5º, LXVI, parte final, da Constituição Federal, não se resume à mera “prisão civil por dívidas”. Tem natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de “contempt of court”, o que não está vedado pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Tal aspecto pode ser apreendido, ainda, pelo simples fato de que, antes do novo entendimento esposado pelo STF, também o credor da dívida em execução poderia vir a ser preso, por exemplo, caso, tendo assumido o encargo de depositário judicial, não viesse a apresentar os bens confiados em depósito, após ser instado pelo juiz. Ora, o credor não é devedor. Como, pois, poderia se qualificar a sua prisão como civil por dívidas?

Assim, verifica-se que a prisão do depositário judicial infiel é, na verdade, medida processual de natureza *contempt of court*, pois nesse caso não está no plano principal a dívida existente no processo, mas a própria salvaguarda da dignidade da Justiça. O mesmo ocorre com o art. 601 do CPC, que revela mecanismo jurídico de natureza *contempt of court*, tendente a resguardar a própria efetividade das decisões judiciais.

Colocadas essas premissas, pode-se ver, pois, o equívoco cometido pelo Supremo Tribunal Federal ao entender que o Pacto de São José da Costa Rica impediria a prisão do depositário infiel, qualquer que fosse a modalidade do depósito.

4.2 A ilicitude da prisão do depositário judicial e o princípio da efetividade do processo

Outro aspecto de importante relevo que também merece ser destacado, é que, mesmo admitindo, para o mero fim de argumentação, que a prisão do depositário judicial infiel possui natureza de prisão por dívida, e, portanto, estaria relacionada com o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, o Pretório Excelso não poderia ter se olvidado do direito fundamental à efetividade do processo, de hierarquia superior à norma constante do referido tratado, com base na tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos adotada pelo STF.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou o direito fundamental de acesso à Justiça, sendo corolário deste o direito à efetividade do processo judicial. Ora, tendo o Estado atraído para si o monopólio da atividade jurisdicional, que é prestada através do processo, este último deve se revestir de tal efetividade que os direitos subjetivos nele reconhecidos possam se tornar concretos, pois *“tutela jurisdicional não é só dizer o direito; é também realizá-lo. Ao lado de uma juris-dição tem que haver uma juris-satisfação”* (SOUZA, 2010).

Não é por outro motivo, também, que o constituinte derivado se preocupou em estabelecer o direito à razoável duração do processo como direito fundamental, acrescentando, através da Emenda Constitucional nº 45/04, o inciso LXXVIII do art. 5º, que dispõe: *“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Exatamente por isso que o STF entendia, através de sua cancelada Súmula 619⁵, que a prisão do depositário judicial infiel poderia se dar no mesmo processo em que se configurou a infidelidade, independentemente da propositura de ação de depósito, entendimento incorporado, inclusive, pelo § 3º do art. 666 do CPC.

Logo, a nova disciplina consubstanciada na Súmula Vinculante nº 25, a despeito de misturar o conceito de prisão civil por dívidas com a prisão de natureza *contempt of court*, malferir, ainda, o direito fundamental à efetividade do processo, em nome de supostamente resguardar direito de patamar infraconstitucional, o que põe em xeque, até mesmo, a estrutura hierárquica das normas jurídicas do direito brasileiro.

É consabido que a fase pós-positivista em que está inserido o direito pátrio se caracteriza, dentre outros fatores, pela teoria da força normativa dos princípios. (ALEXY, 2008)

Portanto, tratando-se o direito fundamental à efetividade do processo de norma principiológica de matiz constitucional, não poderia a Súmula

⁵ Súmula 619 - A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Vinculante nº 25 ter tolhido os mecanismos estabelecidos pela ordem jurídica para a concretização do referido postulado, razão pela qual o conteúdo do novel verbete é de duvidosa constitucionalidade. Se, nos termos do art. 60, § 4º, da CF/88, até mesmo uma emenda à Constituição pode ser declarada inconstitucional quando ofender cláusulas pétreas, o que não dizer, pois, de uma norma de natureza meramente infraconstitucional, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica?

4.3 A natureza alimentar do crédito trabalhista

Não obstante todas as considerações acima expendidas, outra dimensão do problema também merece ser realçada, de maneira a tornar ainda mais manifesta a necessidade de revisão da Súmula Vinculante nº 25: a natureza alimentar do crédito trabalhista.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispôs no § 1º do seu art. 100, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09:

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Por isso, o ordenamento jurídico pátrio possui uma vasta teia de mecanismos que visam a preservar e defender o crédito oriundo das relações trabalhistas, ante a sua natureza alimentar e, portanto, essencial à subsistência.

Cite-se, por exemplo, o art. 7º, VI, da CF/88, que veda a redução do valor do salário, salvo negociação coletiva; o art. 83, I, da Lei nº 11.101/05, que estabelece a preferência concursal do crédito trabalhista em processos de falência; o art. 649 do CPC, fixando como absolutamente impenhoráveis os salários; o art. 4º do Decreto-Lei nº 368/68, tipificando como crime a distribuição de lucro entre os sócios, quando incorrerem em mora salarial contumaz.

Tal arcabouço normativo se justifica na medida em que o crédito trabalhista, sendo de natureza alimentar, constitui-se em importante meio para a concretização de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, por exemplo. Ora, caso não houvesse essa proteção jurídica mínima, os créditos trabalhistas poderiam facilmente ser sonegados dos trabalhadores, acarretando graves prejuízos para a sua subsistência e de sua família, o que, obviamente, não é o objetivo do Direito.

A edição da Súmula Vinculante nº 25, ao considerar ilícita a prisão do depositário judicial, acaba por minar a efetividade da execução trabalhista, dificultando, por consequência, o recebimento do crédito pelo trabalhador e malferindo, assim, o direito à vida, além de também ofender reflexamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que corresponde ao fundamento material de qualquer Constituição Democrática.

Nesse sentido, as lições de Georgenor de Sousa Franco Filho, para quem:

[...] o crédito trabalhista tem natureza alimentar, por isso é privilegiado em relação a todos os demais, sem exceção. E por que? Porque o direito à contra prestação pelo trabalho prestado abrange, por igual, o direito à alimentação. Pois bem! Ao negar o direito de prender o depositário infiel, estará sendo negado o direito de o credor trabalhista (de natureza alimentar), que tem direito também à alimentação, e a alimentação é vida, obrigar o cumprimento de uma tarefa que judicialmente foi atribuída a outrem: ao fiel (agora infiel) depositário. (FRANCO FILHO, 2009)

Tal enfoque também foi conferido pela Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do TST, quando a matéria ainda não era pacífica no STF:

“HABEAS CORPUS”. DEPOSITÁRIO INFIEL. CONFIGURAÇÃO. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em que pese a existência de precedentes turmários do STF, não vinculativos, anatematizando a prisão civil de depositário infiel, a jurisprudência do TST é firme e pacífica quanto à possibilidade jurídica dessa modalidade de constrangimento ao direito de ir e vir, não a título de pena, mas como meio extremo de pressão para resgatar bem recebido em depósito e afetado ao cumprimento de obrigação de caráter alimentício.

2. Paradoxalmente, o mesmo Supremo, que fez letra morta do art. 4.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ao referendar lei que autoriza a morte de embriões humanos para fins de pesquisas científicas, quando a referida Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, garante o direito à vida desde a concepção, vem esgrimir o art. 7.7 da mesma convenção, para afastar do Direito Positivo Brasileiro a prisão civil do depositário infiel.

3. A par da Constituição Federal prever expressamente a prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), **o próprio art. 7.7 do Pacto de São José excepciona a prisão por descumprimento de obrigação alimentar, como é o caso dos créditos trabalhistas garantidos por depósitos judiciais. Nesse diapasão, não há de se falar em conflito entre o Acordo Internacional e o Direito Interno.**

4. “In casu”, a condição de depositária infiel da Impetrante restou demonstrada tanto nos presentes autos quanto nos da ação trabalhista principal, uma vez que assumiu o “munus publicum” de depositária, nos termos do art. 629 do CC, negligenciando a guarda dos bens penhorados e não os restituindo quando instada a fazê-lo. Daí a legalidade da decretação prisional e a ausência de direito à concessão preventiva do “habeas corpus” impetrado. Recurso ordinário desprovido.

(BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31100-86.2008.5.03.0000. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 14 de outubro de 2008. Publicado 07.11.2008)

Esta, também, a proposta de Ben-Hur Silveira Claus ao abordar a questão:

59.) O que fazer quando caracterizada a figura do depositário infiel?
1) caso se estenda pela viabilidade da prisão civil do depositário infiel apesar da decisão adotada pelo STF no *Habeas Corpus*-92566: - expedir mandado de intimação para a apresentação do bem penhorado ou depósito do valor equivalente, sob pena de prisão civil do depositário infiel. Nada obstante a decisão adotada pelo STF no *Habeas Corpus*-92566, pela inviabilidade de prisão civil de depositário judicial infiel, o TRT de Minas Gerais recentemente negou *habeas corpus* a depositário infiel, argumentando que a obrigação trabalhista pode ser considerada “obrigação alimentícia” na medida em que o texto constitucional (art. 5º, LXVII) não limitou o sentido daquela expressão: “Vale lembrar que, se permanece inconteste a possibilidade de prisão civil do devedor de pensão alimentícia, com muito mais razão esta se faz imperiosa, no caso dos créditos trabalhistas, por força da natureza transindividual do direito que, nestes casos, a medida coercitiva, geralmente, visa assegurar. Afinal, o salário do trabalhador é, não raro, a única fonte de recursos que garantem a sobrevivência de famílias inteiras – de forma que, aqui, a atuação jurisdicional, firme e impositiva, faz-se urgente, em razão da maior amplitude das implicações sociais e econômicas do inadimplimento do devedor de prestação alimentícia (TRT-MG-HC-Proc nº 01079-2009-00-6, 13.10.2009). (CLAUS, 2010)

Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica, sopesando os direitos fundamentais à vida e à liberdade, deu prevalência àquele sobre este, ao ressaltar expressamente a hipótese de prisão civil do devedor de obrigação alimentícia. Ora, o crédito trabalhista também possui natureza alimentícia. Assim, a ilicitude da prisão do depositário judicial no processo do trabalho, que está abrangida pela disciplina da Súmula Vinculante nº 25, descumpra a própria *mens legis* da norma internacional.

4.4 O princípio da norma mais favorável

Outro ponto que merece destaque reside no fato de que, no âmbito do Direito Laboral, vigora o princípio da norma mais favorável, como decorrência do caráter essencialmente tutelar desse ramo do saber jurídico, segundo o qual:

[...] o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista. (DELGADO, 2012, p. 194)

Logo, é evidente que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica não reflete a linha mais

favorável ao trabalhador, ressaltando-se que, no âmbito laboral, a tradicional classificação hierárquica das normas cede lugar ao escalonamento decorrente da aplicação do princípio da norma mais favorável.

Isto é, a disciplina estabelecida pela Suprema Corte na Súmula Vinculante nº 25 não levou em consideração a estratificação normativa reinante nos terrenos do Direito do Trabalho, que é bastante distinta dos demais ramos do ordenamento jurídico, pelo que deveria ter dado prevalência às normas e linhas interpretativas mais favoráveis ao obreiro. No caso em comento, aplicar o referido princípio consistiria, pois, em não vedar a prisão do depositário judicial infiel.

Mas não é só.

O posicionamento adotado pelo Pretório Excelso também se olvidou do que consta no art. 19, item 8, da Constituição da OIT, da qual o Brasil é signatário, tendo incorporado suas normas ao direito interno por meio do Decreto de Promulgação nº 25.696/48, *verbis*:

Art. 19 [...].

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Ora, ainda que se esquecesse do princípio da norma mais favorável, ou se negasse qualquer força normativa aos princípios jurídicos, o dispositivo da Constituição da OIT consagra norma de direito humano, estando em igual patamar hierárquico (de acordo com a tese da supralegalidade) do Pacto de São José da Costa Rica. Assim, entendendo-se que tais normas estão a ocupar o mesmo lugar na pirâmide hierárquica, a solução da antinomia deveria ter se dado pelo critério da especialidade, prevalecendo, pois, a regra constante da Convenção da OIT no âmbito trabalhista, já que mais específica.

5 ALTERNATIVAS

A despeito das considerações acima tecidas, é inegável reconhecer que a nova disciplina trazida pela Súmula Vinculante nº 25 abrange todas as modalidades de depósitos existentes no direito brasileiro, inclusive o depósito judicial, já que o verbete dispõe expressamente nesse sentido.

Tal aspecto, como sinalizado, causa um profundo impacto na efetividade do processo de execução, inclusive a execução trabalhista, visto ser inegável que a possibilidade de restringir a liberdade do depositário judicial infiel era importante mecanismo de incentivo ao cumprimento escorreito desse mister. Diante do novo panorama, muito se tem discutido acerca de alternativas que possam vir a compensar o enorme prejuízo causado à efetividade da execução pela nova disciplina.

É bem verdade que a Lei nº 11.382/06, procedendo à reforma da execução no Código de Processo Civil, estabeleceu no § 1º do art. 666 que, em regra, os bens penhorados não devem ficar sob a guarda e conservação do devedor, a não ser nos casos de anuência do credor ou de bens de difícil remoção.

Tal regramento, sem dúvida, já minimiza bastante os casos de infidelidade do depositário no âmbito do processo civil. No entanto, a eficácia social do dispositivo não logra o mesmo êxito no terreno do direito processual do trabalho.

Isso, porque, na execução trabalhista, na maioria dos casos, o trabalhador é o exequente e, via de regra, não dispõe de meios hábeis para satisfatoriamente desempenhar a tarefa de guarda e conservação dos bens judicialmente apreendidos, fazendo com estes fiquem, usualmente, em poder do próprio devedor, situação que escancara as portas para a ocorrência da infidelidade do depositário.

Assim, o novo regramento legal não gera grandes benefícios no âmbito do processo do trabalho, de maneira a eliminar minimamente a ocorrência da figura do depositário infiel.

Dessa maneira, outros mecanismos jurídicos tem sido invocados para o fim de tentar minimizar os prejuízos nefastos causados à efetividade da execução trabalhista pela Súmula Vinculante nº 25.

Uma delas seria a aplicação da multa de até 20% do valor executado, prevista no art. 601 do CPC, pela prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos do art. 600 do mesmo diploma, incorporados subsidiariamente ao processo do trabalho.

Dispõe o art. 600 do CPC:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Ou seja, caso o depositário judicial não apresente os bens confiados em depósito, estará configurado ato atentatório à dignidade da Justiça, ante a caracterização de oposição maliciosa à execução ou de resistência injustificada ao cumprimento da ordem judicial (art. 600, II e III, do CPC).

Todavia, o dispositivo só poderia ser aplicado nos casos em que o executado figurasse como depositário dos bens, porquanto o art. 601 do CPC só prevê aplicação de multa para o devedor, além do que as hipóteses arroladas no art. 600 do mesmo diploma só são também previstas para o executado.

Ademais, em virtude da impossibilidade de prisão do depositário judicial infiel, não se revela mais aconselhável, sequer, confiar o depósito dos bens apreendidos sob a custódia do devedor.

Por outro lado, não se pode olvidar que o mecanismo previsto é a aplicação de multa de até 20% em favor do credor. Ora, tal medida gera uma contradição lógica, pois se já não se está conseguindo saldar dívida de valor menor, quanto mais difícil o será saldar dívida de valor maior. Ademais, “se o devedor (que geralmente é o próprio depositário do bem penhorado) não se intimidou com a cobrança da dívida principal, expondo-se à execução, por que se atormentaria com a aplicação de uma pequena sanção pecuniária?” (CAMPELLO, 2012).

Embora viável juridicamente, a alternativa não parece gerar a mesma efetividade da outrora lícita prisão do depositário judicial infiel.

Francisco Antônio de Oliveira apresenta outra sugestão:

O sistema jurídico tem de encontrar mecanismos idôneos para que haja efetividade do direito e seu exercício. Tem-se, assim, no caso concreto, se a parte se negar a restituir o bem, cabe ao juiz determinar imediatamente a busca e apreensão, com a prisão de quem resistir. Esta ordem de prisão nada tem a ver com a infidelidade do depositário, mas com a resistência em entregar o bem (art. 329, CP). Se o bem desapareceu em poder do depositário (proprietário do bem ou terceiro), deve o juiz determinar o arresto e remoção de tantos bens quantos bastem para cobrir o valor do bem desaparecido, os quais serão posteriormente levados à hasta pública. Todas essas providências serão tomadas sem prejuízo de o procedimento do depositário infiel ser enquadrado no crime de desobediência, a critério do Ministério Público (art. 330, CP) (OLIVEIRA, 2009).

Parece-nos que determinar a busca e apreensão do bem poderia ser medida útil, embora paliativa. Isso, porque, após reavidos os bens do poder do depositário infiel, a quem poderia o juiz confiar o exercício da função de depositário? Ora, presume-se que o primeiro depositário foi nomeado para exercer tal função em virtude de ser aquele que maior garantia, ou menor prejuízo, traria à execução. Se aquele que se revelava como a pessoa mais indicada para exercer o encargo não o exerceu a contento, o que mais se poderá esperar daquelas que, desde o início, não pareciam ser as pessoas mais indicadas para tanto?

Entendemos, também, que a ordem de prisão aludida pelo ilustre mestre se revela inapropriada, pois falece competência criminal à Justiça do Trabalho, conforme tem decidido o STF⁶, embora se reconheça que, efetivamente, o depositário infiel pode vir a cometer o referido delito. Todavia, parece mais

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3684 MC/DF, Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 01 de fevereiro de 2007.

razoável pensar que, na prática, haverá maior incidência no crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, pois:

[...] para que a resistência seja considerada ativa e, portanto, característica do delito tipificado no art. 329 do Código Penal, deverá o agente, tal como assinalou Hungria, valer-se do emprego de violência ou ameaça. (GRECO, 2012, v. 4, p. 494).

Ora, parece-nos que não será comum observar na prática situações em que o devedor irá tentar evitar a apreensão dos bens mediante violência ou ameaça, sendo mais crível pensar, por exemplo, que tentará se evadir sorrateiramente do local em posse dos bens, o que afastaria, pois, a configuração do crime de resistência.

Na verdade, o delito de desobediência (art. 330 do CP) é que mais comumente se verificará caracterizado, pois, para a sua configuração, basta o agente “*deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer alguma coisa que a lei imponha*” (GRECO, 2012, v. 4, p. 501).

Elpídio Donizetti (2010) ventila a possibilidade de cometimento, até mesmo, de crime de peculato (art. 312 do CP), em virtude da função de natureza pública exercida pelo depositário judicial, caso o agente venha a se apropriar ou desviar os bens confiados em depósito. No entanto, por lhe faltar competência em matéria criminal, o juiz do trabalho nada poderia ordenar quanto à restrição de liberdade do depositário por eventual cometimento dos crimes acima aludidos.

Apenas caberia ao juiz remeter cópias do processo ao Ministério Público Federal (art. 109, I, da CF) para que, com base nas peças de informação enviadas (art. 27 do CPP) pudesse oferecer denúncia pelo crime que entendesse configurado. Tal medida em nada ofenderia a autoridade da Súmula Vinculante editada pelo STF, já que a possível restrição da liberdade teria natureza criminal e não cível.

É evidente que tal proceder não é dotado da mesma eficiência da outrora lícita prisão do depositário judicial infiel, pois eventual restrição da liberdade do depositário, nas hipóteses examinadas, só seria alcançada após o longo caminho do processo criminal, caso o Ministério Público entendesse pela existência de crime, no âmbito da formação de sua *opinio delicti*.

Mas não é só.

Com exceção do crime de peculato (art. 312, CP), as penas mínimas previstas para os delitos acima aludidos não são superiores a um ano, razão pela qual, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, caberia ofertar aos acusados o benefício da suspensão condicional do processo, pelo que dificilmente haveria efetiva restrição de liberdade.

Indubitavelmente, a alternativa mais segura seria remover os bens penhorados para o depósito público, o que praticamente ilidiria a possibilidade de não serem apresentados em Juízo os bens penhorados. Entretanto, tal medida importaria em um custo excessivo ao devedor, além de exigir dos tribunais pátrios um aparelhamento praticamente utópico, capaz de albergar todos os bens apreendidos judicialmente nas execuções trabalhistas.

Concluindo, parece que a alternativa mais viável consistiria em nomear terceira pessoa da confiança do Juízo para exercer o encargo e esperar que este cumpra corretamente a sua função. Não dispondo o trabalhador, em regra, de meios para bem exercer o múnus de depositário, e não sendo aconselhável deixar os bens em posse do devedor, a escolha, pelo Juiz, de terceira pessoa de sua confiança, parece ser a alternativa menos insegura para a garantia da execução.

Ora, já que “o depósito é elemento indefectível da penhora”⁷, sendo que esta última somente se perfaz com aquele, nos termos do art. 664 do CPC, não há óbice para que do devedor seja retirada a custódia dos bens necessários à garantia da dívida, sendo estes colocados sob a guarda de terceira pessoa da confiança do Juízo. Aliás, repita-se, tal aspecto inclusive é incentivado pelo ordenamento, através da regra insculpida no § 1º do art. 666 do CPC.

A prática tem demonstrado que a nomeação dos profissionais de confiança do Juízo, responsáveis por conduzir as vendas em hasta pública, como depositários dos bens penhorados, tem alcançado bons resultados. Tratando-se o leiloeiro de profissional que trabalha com vendas de bens em hasta pública, pode-se presumir, pois, que provavelmente desempenhará bem o encargo, porquanto, assim não o fazendo, comprometida estaria perante o Juízo a sua nomeação em futuros processos, o que, obviamente, não parece ser do seu interesse.

É evidente que a medida também oneraria a execução, na medida em que o depositário faz jus a remuneração (art. 149 do CPC), além dos custos relativos ao depósito. Todavia, não parece haver outra alternativa segura e eficaz, capaz de dotar de garantias mínimas a execução, já que é inegável que nenhuma das alternativas apresentadas seria capaz de recompor o abalo causado pela edição da Súmula Vinculante nº 25.

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que a maneira mais simples de resolver o problema seria o STF excluir da redação da Súmula Vinculante nº 25 a hipótese de prisão do depositário judicial infiel, novamente trazendo às mãos do juiz este importante mecanismo jurídico para a efetividade do processo de execução.

⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Milenium, 2000. v. 5, p. 183-184 *apud* SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 1.050.

Isso, porque há um certo equívoco no entendimento do Pretório Excelso acerca da natureza da prisão civil por dívidas e da prisão do depositário judicial, que, embora possuindo elementos em comum, não se identificam entre si.

Ademais, quanto à execução trabalhista, essa revisão do enunciado se revela ainda mais urgente, ante a natureza alimentar do crédito geralmente executado em processos dessa espécie, sendo que a disciplina trazida pelo novo verbete, ao minar a efetividade da fase executiva do processo, acaba por malferir também o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, até que isso ocorra (se ocorrer), caberá ao juiz tentar se valer das alternativas acima comentadas, quer isoladamente, quer conjuntamente, com o objetivo de minimizar os efeitos nefastos causados pelo novo posicionamento da Suprema Corte, já que eventual determinação da prisão do depositário judicial infiel, a despeito da disciplina contida no novo verbete, geraria a cassação ou anulação da decisão exarada (art. 103-A, § 3º, da CF/88).

REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. *A Possibilidade da Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel: revisitando a Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 MC*. Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 setembro de 1997. DJ 18.05.2001, p. 00429. Ementário, v. 02031-02, p. 00213.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3684 MC/DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 01 de fevereiro de 2007.

_____. *Habeas Corpus nº 72131*. Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 novembro de 1995. DJ 01.08.2003, p. 00103 Ementário, v. 02117-40, p. 08650.

_____. *Habeas Corpus nº 94523*. Primeira Turma. Relator(a): Ministro Carlos Britto. Brasília, 10 de fevereiro de 2009. DJe-048. Divulgado 12.03.2009, publicado 13.03.2009. Ementário, v. 02352-02, p. 00343. LEX STF v. 31, nº 363, 2009, p. 419-423.

_____. *Recurso Extraordinário nº 466343*. Tribunal Pleno. Relator(a): Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008, DJe-104. Divulgado 04.06.2009, publicado 05.06.2009. Ementário, v. 02363-06, p. 01106. Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 00210-02, p. 00745. RDECTRAB v. 17, nº 186, 2010, p. 29-165.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Habeas Corpus nº 2181636-25.2009.5.00.0000*. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 02 de fevereiro de 2010. Publicado 19.02.2010.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 31100-86.2008.5.03.0000*. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 14 de outubro de 2008. Publicado 07.11.2008.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 1339200-64.2008.5.02.0000*. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relatora: Ministra Maria Doralice Novaes. Brasília, 15 de setembro de 2009. Publicado 25.09.2009.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. A Destruição da Penhora pelo Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, nº 2632, 15 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17408>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Efetividade da Execução Trabalhista em Perguntas e Respostas. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre: HS Editora, v. 2, nº 04, p. 13-88, set. 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed., São Paulo: LTr, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. *Processo de Execução*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. A Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel Economicamente Capaz: um outro olhar. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 49, nº 79, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/guilherme_guimaraes_feliciano.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Prisão de Depositário Infiel na Justiça do Trabalho. *Decisório Trabalhista*, Curitiba, v. 16, nº 182, set. 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. Direitos Fundamentais e o Depositário Infiel: evolução jurisprudencial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, nº 186, abr./jun. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Súmula Vinculante nº 25 do STF. *Consulex*: revista jurídica, Brasília, v. 14, nº 316, 15.03.2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 8. ed., v. 4, Niterói: Impetus, 2012.

LAMY, Eduardo; ARAÚJO, José Henrique Mouta; BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Aspectos Polêmicos da Execução Civil*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed., São Paulo: LTr, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. O Depositário Infiel na nova visão do STF: outros temas especiais em sede executória. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, nº 09, set. 2009.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos Polêmicos e Atuais do Depositário Judicial na Justiça do Trabalho à luz da Jurisprudência recente do STF, STJ e TST. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 45, nº 125, 2009.

_____. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Antônio Marcos Batista. Ainda sobre a prisão do Depositário Infiel. *ADV – Advocacia dinâmica – informativo*, Rio de Janeiro, nº 04, 30.01.2011.

SOUZA, Fernanda Amabile Marinho de. O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva e a Prisão do Depositário Infiel. *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, v. 3, nº 03, fev. 2010.

TARSITANO, Bruno da Silva. O Fim da Prisão do Depositário Infiel e a Hierarquia dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Vox Júris*, Ano 2, v. 2, nº 1, 2009. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/espaco_graduando_artigo2.pdf>. Acesso em 27 ago. 2012.

VILANOVA, Vanessa Mendonça. A Prisão Civil do Depositário Infiel proveniente da Execução Trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2796, 26 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18570>>. Acesso em: 24 ago. 2012.

A EXECUÇÃO EM FACE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS QUANDO NÃO PARTICIPOU DA FASE DE CONHECIMENTO: POSSIBILIDADES

ROSÂNE MARLY SILVEIRA ASSMANN*

RESUMO: A terceirização é presença real no mundo do trabalho. Contudo, a relação triangular que se forma deve ser interpretada em favor do trabalhador. Assim, quando não se obtiver êxito na execução dos valores em ação ajuizada somente em face da prestadora de serviços, analisa-se, com fundamento na legislação e na doutrina, a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma em face do tomador dos serviços ou de inclusão na fase de execução. A exposição pretende, dessa forma, incentivar o debate e a reflexão sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Tomador dos Serviços; Ação Autônoma; Execução.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A responsabilidade do tomador na terceirização; 2.1 A responsabilização do ente público; 3 Responsabilidade do tomador dos serviços na execução; 3.1 Execução do tomador nos próprios autos em que houve a condenação da prestadora de serviços; 4 Ajuizamento de nova ação de conhecimento somente em face do tomador; 4.1 Ação postulando a declaração de responsabilidade subsidiária do tomador considerando a prestadora preposta; 4.2 Ação postulando as parcelas devidas decorrentes do contrato de trabalho; 5 Jurisprudência; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas em dezembro de 1948, resultou de sonhos e de lutas que demandaram séculos. Além da solene proclamação, o reconhecimento e a proteção pelo Direito são importantes para a realização e defesa desses mesmos direitos.

Inocência Mártires Coelho (2010, p. 213) esclarece que:

Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

* Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul - RS. Especialista em Direito Processual, Profissionalizante pela Escola Superior de Advocacia/RS e UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC.

A garantia dos direitos não existe se o sistema jurídico não permitir, além do acesso ao judiciário, da ampla defesa e do contraditório, meios de tornar efetivas as decisões. Para tanto, são necessários instrumentos processuais aptos a promover a efetiva tutela dos direitos porque de nada adianta o direito de ação, se, após ter reconhecido o direito, não tê-lo efetivado.

Destaca-se que, quanto aos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição expressamente prevê, em seu artigo 7º, XXIX¹, o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho.

Porém, o trabalhador, ao exercer o direito de ação, quer, efetivamente, receber o valor que lhe é devido.

2 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR NA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização ocorre quando o tomador utiliza mão de obra contratada pela empresa prestadora de serviços. Veja-se que ela não tem origem jurídica, mas econômica, para, reduzindo o custo com a mão de obra, proporcionar mais lucro. O trabalhador presta serviços ao tomador, porém tem menos direitos que os empregados diretos; não tem o plano de saúde ou não recebe a participação nos lucros que os empregados diretos têm e recebem, ou seja, é somente um “agregado”.

A empresa prestadora de serviços, dita “terceirizada”, de “capital volátil”, por mais estranha que possa parecer a expressão, não tem condições de adimplir os créditos do trabalhador, quando rompido o contrato que possuía com o tomador.

Se a terceirização foi ilícita, ou seja, em atividades relacionadas à atividade-fim, as partes fraudaram a legislação, em especial o artigo 9º da CLT². Desse modo, a responsabilização decorre de ato ilícito, sendo a responsabilidade solidária. Se a terceirização foi lícita (serviços ligados à atividade-meio), o negócio jurídico celebrado entre fornecedor e tomador não caracteriza a prática de ilegalidade, mas o tomador, ao terceirizar a atividade, assume os riscos e, em decorrência do valor social do trabalho estabelecido como Princípio Fundamental pelo artigo 1º, inciso IV³ e expresso também nas disposições dos artigos 6º e 7º da Carta Magna de 1988⁴, responde subsidiariamente pelos créditos do trabalhador.

¹ Art. 7º, inciso XXIX. Ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

² Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais o trabalho e da livre iniciativa.

⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...

Há quem considere a possibilidade de terceirização apenas em caso de necessidade momentânea. No caso de necessidade permanente (ainda que em atividade-meio), não pode terceirizar, divergindo a jurisprudência quanto ao disposto no artigo 94, II, da Lei nº 9.472/97⁵ (Lei Geral das Telecomunicações).

A responsabilidade subsidiária caracteriza-se por constituir garantia de adimplemento dos créditos do empregado no caso de inadimplemento pelo principal devedor. Há necessidade da existência de contratação, expressa ou tácita entre “terceirizada” fornecedora de mão de obra ou conveniada e o tomador dos serviços. Igualmente, se faz necessário que o “tomador”, pessoa física ou jurídica, tenha sido também beneficiário do trabalho prestado. O benefício pode ser econômico, quando se cuida de pessoa jurídica com fins econômicos ou pode ser em relação às funções que o ente público deva desempenhar.

Ademais, reconhecida a responsabilidade subsidiária, a execução é realizada em face do tomador no caso de ausência ou insolvência da prestadora, facultado, sempre, ao tomador buscar o ressarcimento de seus prejuízos no foro competente.

Assim, ante a impossibilidade de adimplemento do crédito trabalhista pela real empregadora, responderá o tomador dos serviços, pelo período em que foi beneficiário do labor prestado pelo trabalhador. Nesse sentido, a Súmula nº 331, antigo inciso IV, do TST⁶.

2.1 A responsabilização do ente público

Ao editar a Súmula 331, item IV, o TST não declarou expressamente a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93⁷. Em decorrência da decisão proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, não há mais possibilidade de discutir a constitucionalidade do referido dispositivo legal.

Se, por um lado, mencionado artigo evita fraudes de terceiros (empresas prestadoras de serviço) contra a Administração Pública, também deixa em aberto a questão do crédito do trabalhador que prestou serviços para a Administração Pública.

⁵ Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

⁶ Súmula 331, IV, do TST: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

⁷ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Conforme Antônio Álvares da Silva (2011, p. 274), a lei visou acautelar o interesse público. Ainda menciona que a lei:

Visou também a que, no contrato entre a Administração e a empresa, não figurasse qualquer cláusula ou disposição neste sentido. Se o legislador tivesse tido em mente blindar a AP, estaria cometendo imoralidade legal e ferindo um princípio do estado democrático de direito, universalmente reconhecido, pelo qual todas as pessoas e entidades, públicas ou privadas, são responsáveis perante a lei pelo que fazem.

A exclusão de um setor ou segmento seria mortal ferimento ao princípio da igualdade que a Constituição e a sociedade tanto prezam.

No caso concreto, a exclusão justificaria o não pagamento de créditos provenientes de trabalho já prestado que beneficiou o poder público. Isto seria ao mesmo tempo uma iniquidade e um absurdo.

Entende-se, portanto, que a lei estabeleceu com precisão a responsabilidade entre as partes, não podendo o prestador de serviços escusar-se de suas obrigações.

Isso, contudo, em ações entre a Administração Pública e a prestadora de serviços. Nas ações movidas pelos trabalhadores, há necessidade de interpretar a disposição legal em conformidade com os princípios e dispositivos constitucionais e demais disposições legais.

Consoante referido por Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2011, p. 281):

Por maioria de votos, com efeito *erga omnes*, o STF deliberou pela constitucionalidade do art. 71 e o seu parágrafo único, além da indicação ao TST da não generalização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, devendo, assim, investigar, caso a caso, para que se tenha esta imputação se a inadimplência da empresa prestadora teve por causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Igualmente, Helder Santos Amorim (2011, p. 291) assevera que:

No mesmo passo concluíram que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Nesse sentido também Ives Gandra da Silva Martins Filho (2011, p. 1290):

O STF, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF, concluiu pela constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, no sentido de afastar a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva dos entes públicos nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas. Entendeu que a responsabilidade trabalhista é sempre contratual e subjetiva, não se admitindo a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva da administração em matéria trabalhista.

Por outro lado, a discussão travada em torno das exceções à regra da não responsabilização subsidiária, nos casos em que possa ter havido culpa “*in vigilando*” ou “*in eligendo*” da Administração Pública, levou o Pretório Excelso à matização da responsabilidade. Assim, conforme a constatação, caso a caso, da culpa da Administração Pública, poderia ser atribuída a responsabilidade ao ente público contratante, nos termos do voto do Relator, Min. Cezar Peluso.

Quando interpretado em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil⁸, bem como com os artigos 54 e 67 da Lei 8.666/93⁹ que estabelecem a necessidade de fiscalização do contrato e tendo em vista o valor social do trabalho, princípio constitucional, o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não impossibilita ao empregado buscar junto ao tomador dos serviços a responsabilidade pelos seus créditos.

Portanto, remanesce ao ente público a responsabilidade subsidiária por eventual culpa “*in eligendo*” ou “*in vigilando*”, ou seja, quando não são pagos os direitos de empregado de pessoa jurídica diversa sem que tenha exercido a fiscalização que lhe compete. Nesse sentido, a nova redação da Súmula 331 do TST:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

3 RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DOS SERVIÇOS NA EXECUÇÃO

É pacífica a possibilidade de inclusão do tomador dos serviços no polo passivo já na fase de conhecimento, ainda que não demonstrada a inidoneidade da empregadora direta. Tal inclusão resulta do entendimento de que a execução em face do responsável subsidiário ou solidário somente pode ocorrer se participou da fase de conhecimento, em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Contudo, em muito casos, o ex-empregado não ajuíza a ação em face do tomador dos serviços porque habitualmente continua prestando serviços a esse, mediante vínculo de emprego com outra empresa terceirizada. Ajuizada a ação somente em face do ex-empregador e obtida a condenação desse ao pagamento das verbas devidas, ao ingressar o feito na fase de execução, normalmente não há possibilidade de êxito porque a empresa terceirizada não possui bens e tampouco os possuem seus sócios.

Poder-se-ia dizer que o trabalhador “optou” em face de quem deseja litigar, mas de novo voltaremos a uma “opção” não verdadeira em razão da necessidade econômica.

A doutrina e a jurisprudência entendem que não há litisconsórcio necessário entre o prestador de serviços e o tomador. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins (1998, p. 181):

Podemos dizer, entretanto, que não há litisconsórcio necessário no processo do trabalho, pois mesmo no caso de empresas do mesmo grupo econômico, que são solidárias entre si quanto às dívidas de natureza trabalhista (§ 2º do art. 2º da CLT), não é preciso o chamamento de todas ao processo, pois este só se admitiria em relação às empresas secundárias quanto à principal.

A possibilidade, ou não de ajuizamento de ação autônoma de conhecimento em face do tomador de serviços ou de inclusão no polo passivo já em execução será analisada a seguir.

3.1 Execução do tomador nos próprios autos em que houve a condenação da prestadora de serviços

A possibilidade de execução nos autos do próprio processo do qual resultou a condenação da prestadora de serviços decorre do entendimento de que a prestadora de serviços atuou na condição de preposta do tomador dos serviços.

Mauro Schiavi (2008, p. 123-4) afirma que não há prejuízo à empresa do grupo econômico que não tivesse participado da fase de conhecimento, pois o

direito de defesa fora exercido pela empresa do grupo que participou. Tal lição também pode ser aplicada em relação ao tomador dos serviços.

Destaco que o artigo 932, III, do Código Civil¹⁰ determina responsabilidade, pela reparação civil, do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos.

Consoante Fabrício Zamprogna Matiello (2003, p. 584), comitente é a pessoa que encarrega outra da prestação de certa atividade, embora sem vínculo laboral e preposto é o indivíduo que dirige um serviço ou negócio por delegação da pessoa competente. Considerando a relação de subordinação econômica entre empresas, a prestadora de serviços se constitui em preposta do tomador.

Raimundo Simão de Melo (2011) afirma que:

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas consequências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (§ único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar dano a terceiros.

Nessa linha de entendimento, não há falar em necessidade de o credor ajuizar nova ação cognitiva para estabelecer a responsabilidade passiva do tomador. Ressalta-se que a Lei nº 6.830/80, no artigo 4º, inciso V, aponta como legitimado passivo o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, aplicando-se, nos termos do parágrafo 2º, à dívida ativa as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

No artigo 568, V, do CPC consta que é sujeito passivo da execução também o responsável tributário nos termos da lei própria. Aplicáveis, portanto, as disposições do artigo 124, inciso I¹¹, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66).

¹⁰ Art. 932 do Código Civil: São também responsáveis pela reparação civil: III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

¹¹ Art. 124. São solidariamente obrigadas: I- as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Tais disposições legais são aplicáveis ao Processo do Trabalho por força dos artigos 769 e 889¹² da CLT.

Ao comentar o artigo 124 do Código Tributário Nacional, Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 348) afirma que “no direito tributário, o instituto da solidariedade é um expediente jurídico eficaz para atender à comodidade administrativa do Estado, na procura de satisfação dos seus direitos”.

Considerando que a execução no Processo do Trabalho também se rege subsidiariamente pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) e que o tratamento privilegiado dirige-se em favor do empregado-credor, os institutos da solidariedade e da subsidiariedade se destinam a satisfazer o crédito alimentar decorrente do contrato de trabalho.

Nesse sentido também Ben-Hur Silveira Claus (2010, p. 36) formula a resposta à pergunta:

16) É possível redirecionar a execução contra o tomador de serviços que não participou da fase de conhecimento da reclamatória trabalhista?

Sim. Contudo, essa orientação não é pacífica.

Doutrina:

Não é demais repetir que o que confere a alguém responsabilidade pela satisfação do crédito não é o fato de ter seu nome inscrito no título, mas a circunstância de encontrar-se numa daquelas situações jurídicas que o vinculem ao cumprimento da obrigação reconhecida naquele instrumento. Assim, demonstrada a existência de um crédito exigível, o que é feito através da apresentação do título, e provado que o demandado responde pela sua satisfação, preenchidas estão as condições para que este suporte os efeitos da execução. A defesa da tomadora poderá ser oferecida normalmente nos embargos à execução, quando poderá discutir amplamente o título e a existência de responsabilidade de sua parte. Assim, para que se vincule ao débito, não é necessário que o tomador tenha participado do processo de conhecimento que gerou o título, uma vez que poderá valer-se dos embargos à execução para aduzir sua defesa e apresentar todas as provas que tiver, a fim de afastar de si a eficácia do reconhecimento judicial do crédito deferido ao trabalhador (LORENZETTI, 2003, p. 309).

“Nada justifica que o credor deva ajuizar nova ação cognitiva para que seja certificada a responsabilidade passiva secundária do devedor solidário ou subsidiário, cujos nomes não constam do título executivo, se já possui título executivo lhe autorizando demandar em execução (MENEZES, 2000, p. 356).

¹² Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título. Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo que não contravierem ao presente Título, os preceitos que seguem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Portanto, o tomador deverá ser citado para se defender da responsabilidade imputada em execução, independentemente de constar ou não seu nome no título executivo. Destaca-se que o tomador deve fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços.

Será facultado, contudo, à Administração Pública, pelo princípio da aptidão da prova, a demonstração de que não houve omissão no dever de fiscalizar a prestadora de serviços.

4 AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO DE CONHECIMENTO SOMENTE EM FACE DO TOMADOR

Ao chegar o feito à fase de execução e em inexistindo bens da empregadora, analisa-se, ainda, se o trabalhador poderá ajuizar ações autônomas em que postula apenas a declaração de responsabilidade da tomadora ou nova ação em que postula a condenação nas parcelas decorrentes da prestação de trabalho para o tomador.

O pedido corresponde à declaração da responsabilidade subsidiária da tomadora nos pedidos em que foi condenada a empregadora na ação em que moveu somente em face dessa. Ou seja, postula o reconhecimento da responsabilidade do tomador pelo objeto da condenação em ação diversa, da qual a tomadora não participou.

4.1 Ação postulando a declaração de responsabilidade subsidiária do tomador considerando a prestadora preposta

Se considerarmos que a prestadora de serviços é efetivamente preposta “sui generis” do tomador, abre-se a possibilidade, ao trabalhador, de postular apenas a declaração de responsabilização subsidiária do tomador.

Consoante bem expõe Márcio Túlio Viana (2003):

De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante.

Algumas vezes a ‘parceira’ é apenas uma microempresa ou mesmo um trabalhador individual. É o que alguns autores chamam de ‘trabalho autônomo de segunda geração’.

Tal como em geral acontece nas relações de emprego, os contratos entre as empresas e esses autônomos – reais ou falsos – são de adesão. Como já vimos, a aparente colaboração, em linha horizontal, esconde uma relação que ainda é vertical.

[...]

Embora, a rigor, tenha sido apenas reinventado, o ‘outsourcing’ é hoje quase uma compulsão. Não só fábricas como escritórios e até lojas distribuem atividades que antes eram suas. Também o fazem os órgãos públicos e os próprios sindicatos...

[...]

Naturalmente, quanto mais a pequena empresa explora o trabalhador, menor é o preço que cobra da grande pelo contrato. Desse modo, a grande empresa extrai mais-valia por 'meio' da pequena. Com isso mantém limpa sua imagem, enquanto a outra faz 'jogo sujo'.

[...]

Mas existe outro detalhe interessante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retoma sem proteção – seja por meio de terceirizações internas, como por meio das externas.

Assim, como a relação entre as empresas de certa forma também é de subordinação, a prestadora de serviços é, efetivamente, preposta “sui generis” do reclamado.

Tendo por premissa que a prestadora de serviços é efetivamente preposta do tomador, o contraditório e a ampla defesa foram respeitados mediante a participação dessa no processo em que resultou a condenação.

Declarada a responsabilidade pelos créditos já definidos em ação anterior, a tomadora poderá ser executada nos autos daquela ação.

4.2 Ação postulando as parcelas devidas decorrentes do contrato de trabalho

Todavia, para quem considere que, nas possibilidades acima, não há respeito ao contraditório e à ampla defesa, resta a possibilidade de responsabilização do tomador mediante ação autônoma em que são postuladas novamente as parcelas.

Nesse caso, não há falar em afronta à coisa julgada existente na ação anterior porque não há identidade de partes.

Ademais, o tomador somente será responsabilizado pelas parcelas em que for condenado, permanecendo as demais parcelas existentes na condenação original apenas de responsabilidade da prestadora de serviços.

Igualmente, quanto à Administração Pública, pelo princípio da aptidão da prova, poderá demonstrar que não houve omissão no dever de fiscalizar a prestadora de serviços.

Ressalta-se que, ajuizada a ação em face de ente público, considerando que não são partes em uma relação contratual (civil ou comercial) direta, mas apenas de responsabilização subsidiária em uma relação de trabalho que houve entre o autor e a tomadora, resta mantida a competência da Justiça do Trabalho.

5 JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência do TRT da 4ª Região, majoritariamente, repudia a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma em face do tomador, tanto meramente declaratória quanto de postulação das parcelas, com fundamento na impossibilidade jurídica, na violação dos princípios constitucionais do

contraditório e da ampla defesa, e no inciso IV da Súmula 331 do TST. Nesse sentido, os acórdãos proferidos nos autos dos Processos nº 0000468-68.2010.5.04.0812, 0000574-23.2010.5.04.0103, 0160100-35.2009.5.04.0661, 0000940-23.2010.5.04.0019.

No TST, o acórdão proferido nos autos do Recurso de Revista nº TST-RR-14261/2006-011-09-00.5 (novo número: 1426100-90.2006.5.09.0011), publicado em 21.11.2008, em que foi relator o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, deu provimento ao recurso do autor para, afastando a carência da ação e a alegação de coisa julgada, determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que prosseguisse no julgamento do feito, como entender de direito. Na ementa consta:

RECURSO DE REVISTA COISA JULGADA. CARÊNCIA DE AÇÃO RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADORA DO SERVIÇO.

A coisa julgada é figura processual que tem por escopo evitar a insegurança jurídica decorrente da coexistência de dois comandos judiciais formalmente contraditórios. Na hipótese vertente, o Autor, por ocasião da Reclamação Trabalhista anteriormente ajuizada, deduziu pedido de verbas devidas pela empregadora. Não pleiteou, naquela oportunidade, a responsabilização subsidiária da segunda Reclamada (Banco do Brasil S.A.), pedido deduzido apenas na presente ação. Não há, portanto, óbice a que o Autor, por meio da presente Reclamação Trabalhista, pretenda a responsabilização subsidiária da tomadora. Recurso de Revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 14261/2006-011-09-00.5 - novo número: 1426100-90.2006.5.09.0011.** Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula. Brasília, 22 de outubro de 2008. Publicado 21.11.2008. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1426100&digitoTst=90&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013).

Todavia, posteriormente, em 25.05.2012, já tendo como relatora a Ministra Delaide Miranda Arantes, os embargos foram conhecidos e providos, com ressalva do posicionamento da relatora:

AÇÃO AUTÔNOMA VISANDO RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APENAS CONTRA A EMPRESA PRESTADORA.

Aplicação do entendimento atual desta SBDI-1 firmado no sentido da impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma contra o tomador de serviços, na qual se pretende responsabilizá-lo subsidiariamente pelos débitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior transitada em julgado proposta apenas em face da empresa prestadora. Precedente. Ressalva de entendimento da relatora. Recurso de embargos conhecido e provido (não localizamos o número dos embargos?).

No caso de direcionamento da execução, quando não participou do título executivo, também há acórdão do TRT da 4ª Região indeferindo o pedido (Processo nº 0086900-05.2008.5.04.0281).

O acórdão proferido nos autos do Processo nº 0096800-96.2009.5.04.0662, em 23.03.2011, da Primeira Turma do TRT menciona o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no Recurso de Revista nº RR 248/2006-011-09-00 (novo nº 24800-78.2006.5.09.0011), da Terceira Turma, publicado em 21.11.2008, em que foi relatora a Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. A decisão, que restabeleceu a sentença de procedência de 1º Grau, tem como ementa:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROCESSO AUTÔNOMO CONTRA O TOMADOR DOS SERVIÇOS. VIABILIDADE. A lei e a Súmula 331/TST não exigem que figurem no pólo passivo tomador e fornecedor dos serviços em um mesmo processo ou em um mesmo título executivo. A redação do item IV do verbete prevê apenas que, em prestígio ao devido processo legal, sejam observadas as regras processuais relativas à extensão subjetiva da coisa julgada, de modo a privilegiar os princípios do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº RR 248/2006-011-09-00 - novo nº 24800-78.2006.5.09.0011.** Terceira Turma Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 24 de setembro de 2008. Publicado 21.11.2008. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=24800&digitoTst=78&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013).

No TST, posteriormente foi publicado em 13.11.2009, o seguinte acórdão, nos autos de Embargos em Recurso de Revista 23100-67.2006.5.09.0011, em que foi relator o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/2007. CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AUTÔNOMA AJUIZADA EM DESFAVOR DO TOMADOR DOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO EM QUE FIGUROU NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO APENAS A EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. Há carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o empregado ajuíza reclamação trabalhista autônoma em desfavor do tomador dos serviços terceirizados, pleiteando sua responsabilização subsidiária quanto à satisfação dos direitos trabalhistas reconhecidos em ação anterior, já cobertos pelo manto da coisa julgada material, em que figurou no pólo passivo apenas a empresa prestadora dos serviços, real empregadora. A responsabilização do tomador dos serviços está condicionada à sua integração no pólo passivo da reclamação trabalhista cujo título executivo judicial venha a assegurar ao obreiro a percepção de direitos trabalhistas não satisfeitos

a tempo e modo pela empresa prestadora dos serviços, real empregadora. Seria impróprio reabrir a discussão em torno dos direitos trabalhistas pleiteados na primeira reclamação trabalhista, a fim de possibilitar, nesta segunda ação, que a empresa tomadora exercesse o direito constitucional a ampla defesa e contraditório, demonstrando o cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela real empregadora, pois, como se disse, tal controvérsia já fora dirimida pelo título executivo judicial transitado em julgado. A credibilidade da Justiça e dos provimentos jurisdicionais dela emanados não convive com decisões contraditórias a respeito da mesma relação jurídica, o que seria natural caso fosse admitida a pretensão em análise e possibilitado o ajuizamento de ação autônoma em desfavor do tomador dos serviços tratando da mesma matéria objeto de título executivo judicial devidamente aperfeiçoado. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 23100-67.2006.5.09.0011**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 03 de setembro de 2009. Publicado 13.11.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=23100&digitoTst=67&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013).

Em 2011, ressalvados os posicionamentos da então Ministra do TST Rosa Maria Weber Candiota da Rosa e da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, o TST uniformizou a jurisprudência no sentido de impossibilidade de ajuizamento de ação autônoma conforme acórdão proferido nos autos do Recurso de Revista nº TST-RR-9100-62.2006.5.09.0011, e publicado em 09.09.2011, em que foi relator o Ministro Lélío Bentes Corrêa:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO AUTÔNOMA VISANDO A DECRETAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. COISA JULGADA. A SBDI-I desta Corte superior pacificou entendimento no sentido de que, transitada em julgado decisão de ação proposta apenas quanto ao prestador dos serviços, o ajuizamento de ação autônoma posterior visando à decretação da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços atenta contra o seu direito à ampla defesa e ao contraditório e a coisa julgada. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-9100-62.2006.5.09.0011**. Primeira Turma Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa. Brasília, 31 de agosto de 2011. Publicado 09.09.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9100&digitoTst=62&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013.)

Nos autos do Recurso de Revista nº TST-RR-89000-10.2008.5.05.0020, em acórdão publicado em 30.07.2010, a Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, **em voto vencido**, afirmou que:

Ainda que os autores tenham deixado de incluir a Petrobrás nas demandas propostas anteriormente, no pólo passivo, não há óbice para que se faça tal inclusão na presente ação, tendo em vista que a decisão proferida em ações anteriores, das quais não participou a recorrida, não faz coisa julgada em relação a esta. Ou seja, é admissível a proposição de ação autônoma em face do tomador de serviços, com vistas ao reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária, quanto às parcelas já reconhecidas em título executivo judicial, em relação à prestadora de serviços, desde que lhe sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, mediante a oportunidade de contestar, especificadamente, os pedidos já reconhecidos pelo estado-juiz, como foi no caso dos autos. É que, nessas circunstâncias, a sentença com trânsito em julgado só faz coisa julgada em relação aos réus originais. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-89000-10.2008.5.05.0020**. Oitava Turma Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 30 de junho de 2010. Publicado 30.07.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=89000&digitoTst=10&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0020>>. Acesso em: 12 ago. 2013).

Nos autos do Recurso de Revista nº TST-RR-80800-39.2009.5.22.0106, em acórdão publicado em 02.09.2011, a Ministra Rosa Maria Weber foi vencida em decisão que declarou a impossibilidade do ajuizamento de ação autônoma em face do tomador:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RECONHECIMENTO POR MEIO DE AÇÃO AUTÔNOMA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o reclamante, detentor de título executivo oponível apenas ao empregador direto, não tendo logrado êxito em alcançar, no acervo patrimonial do executado, bens suficientes a garantir a execução, pretende, no presente feito, tão-somente, a responsabilização subsidiária do Município – tomador dos serviços – pelos créditos reconhecidos na demanda anterior, na qual este não figurara no polo passivo. **2. Prevalece nesta Corte Superior, ressalvada a compreensão da Ministra Relatora**, o entendimento – calcado em interpretação da parte final da Súmula 331, IV, do TST – de que a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos débitos trabalhistas do empregador direto está condicionada à sua participação como litisconsorte da reclamação trabalhista principal, restando inviabilizado o ajuizamento de ação autônoma visando à referida responsabilização. Precedentes. **3.** A par disso, na hipótese, não tendo o Município reclamado figurado na demanda anterior – em que reconhecidos os créditos em relação aos quais o autor pretende, nesta demanda, lhe ver atribuída a responsabilidade subsidiária –, e sequer reaberta, no presente feito, discussão em torno dos direitos trabalhistas pleiteados naquela reclamatória – uma vez circunscrito, o pleito ora deduzido, à responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos já deferidos na demanda pretérita –, emerge não ter sido oportunizado ao ente público demonstrar o eventual cumprimento das

obrigações trabalhistas pelo empregador direto, do que resulta caracterizado o cerceio do seu direito de defesa. 4. Contrariedade à Súmula 331, IV, do TST e violação do art. 5º, LV, da Lei Maior que se reconhece (grifo nosso). (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-80800-39.2009.5.22.0106**. Terceira Turma Relatora Ministra Rosa Maria Weber. Brasília, 24 de agosto de 2011. Publicado 02.09.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=80800&digitoTst=39&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0106>>. Acesso em: 12 ago. 2013).

Destaca-se, porém, que não houve análise quanto à consideração da empregadora como preposta da tomadora.

Ademais, se ajuizada nova ação somente em face do tomador, postulando todas as parcelas (e não apenas a declaração de responsabilidade subsidiária) e demonstrado nesta ação o adimplemento total ou parcial de parcelas em que fora condenada, na ação anterior, a empregadora, entende-se que, por questão de ética e lealdade processual, o autor deverá desistir da execução de tais parcelas na ação que moveu somente em face da empregadora.

Desse modo, não haveria efetivamente decisões contraditórias a respeito da mesma relação jurídica, não afetando a credibilidade da Justiça e dos provimentos jurisdicionais dela emanados.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo Princípio da Proteção do trabalhador, é possível responsabilizar, pelo adimplemento do crédito alimentar, o tomador que se beneficiou do trabalho prestado. Conforme a lição de Américo Plá Rodriguez (2000, p. 83), o Princípio da Proteção é critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, estabelecendo amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Porém para tornar efetivo o Direito do Trabalho, há necessidade de tornar efetivo o Processo do Trabalho e, nele, a execução. Ressalto a necessidade urgente de criação do fundo para garantia das execuções, bem como de um fundo quando das licitações.

Enquanto isso não ocorre, se ajuizar a ação inicialmente apenas em face do prestador de serviços, porque continua prestando serviços ao tomador por intermédio de outra prestadora, entende-se que poderá o trabalhador buscar, oportunamente, seu direito junto ao tomador. Entende-se ainda que, qualquer que seja a opção entre aquelas acima mencionadas ou entre outras que poderão surgir, o que importa, efetivamente e respeitados os princípios do processo, é a obtenção do crédito pelo trabalhador. Há necessidade de que, assim, como já ocorre com o sócio e com o grupo econômico, a doutrina e a jurisprudência evoluam no sentido de possibilitar o direcionamento da execução contra o tomador na mesma ação, embora não tenha figurado no polo passivo, ou a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma em face do tomador.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Vade mecum Saraiva*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Recurso Ordinário nº 0096800-96.2009.5.04.0662*. Primeira Turma. Redator: Desembargador André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, de 23 de março de 2011. Publicado 28.03.2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:Sv8vn-QCrSEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.juris_sdcpi.baixar%3Fc%3D37627642++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-01-01..2013-08-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 23100-67.2006.5.09.0011*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 03 de setembro de 2009. Publicado 13.11.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=23100&digitoTst=67&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. *Recurso de Revista nº 14261/2006-011-09-00.5 - novo número:1426100-90.2006.5.09.0011*. Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula. Brasília, 22 de outubro de 2008. Publicado 21.11.2008. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1426100&digitoTst=90&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. *Recurso de Revista nº RR 248/2006-011-09-00 - novo nº 24800-78.2006.5.09.0011*. Terceira Turma Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 24 de setembro de 2008. Publicado 21.11.2008. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=24800&digitoTst=78&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. *Recurso de Revista nº TST-RR-80800-39.2009.5.22.0106*. Terceira Turma Relatora Ministra Rosa Maria Weber. Brasília, 24 de agosto de 2011. Publicado 02.09.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=80800&digitoTst=39&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0106>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. *Recurso de Revista nº TST-RR-89000-10.2008.5.05.0020*. Oitava Turma Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 30 de junho de 2010. Publicado 30.07.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=89000&digitoTst=10&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0020>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- _____. *Recurso de Revista nº TST-RR-9100-62.2006.5.09.0011*. Primeira Turma Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa. Brasília, 31 de agosto de 2011. Publicado 09.09.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9100&digitoTst=62&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0011>>. Acesso em: 12 ago. 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. Efetividade da Execução Trabalhista em Perguntas e Respostas. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre: HS Editora, v. 2, nº 04, p. 13-88, set. 2010.

HERBST, Paulo Cezar. Possibilidade de Ajuizamento de Ação Autônoma em face do Tomador de Serviços pleiteando sua Responsabilização nos casos de Terceirização. *Texto produzido para o grupo de estudos em Direito Processual, da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*. Porto Alegre, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CALVACANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A Terceirização na Administração Pública e a Constitucionalidade do artigo 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 75, nº 03, p. 276-281, mar. 2011.

LIEBMANN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 75, nº 11, p. 1287-1295, nov. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1998.

MATIELLO, Fabrício Zamprogná. *Código Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. A Necessária Revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2793, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18557>>. Acesso em: 06 jul. 2011.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Legitimidade *ad causam* na Execução (sucessores, sociedades integrantes de grupo empresário, sócios, administradores e acionistas). *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, v. 20, nº 117, p. 351-377, set. 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed., atual. São Paulo: 2000.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 75, nº 03, p. 271-275, mar. 2011.

SHIRATOMI, Elton da Silva. Os Efeitos da Coisa Julgada em Relação a Terceiros. *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, v. 3, nº 09, p. 284-281, 1ª quinzena de maio 2008.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e Sindicato um Enfoque para além do Jurídico. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 67, nº 7, p. 775-790, jul. 2003.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização Aspectos Gerais a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST novos enfoques. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 75, nº 03, p. 282-295, mar. 2011.

BACEN CCS – CADASTRO DE CLIENTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – UMA VALIOSA FERRAMENTA PARA A EXECUÇÃO TRABALHISTA

CESAR ZUCATTI PRITSCH*
GILBERTO DESTRO**

RESUMO: BACEN CCS - DETECÇÃO DE PROCURADORES DE CONTAS BANCÁRIAS. ADOÇÃO COMO ROTINA DE EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO DE CONFUSÃO PATRIMONIAL OU DE SÓCIO DE FATO, CONFORME PROCURADOR DE PESSOA FÍSICA OU DE PESSOA JURÍDICA.

- Adoção do Sistema BACEN CCS como rotina de execução para os casos em que infrutífero o redirecionamento aos sócios da empresa devedora.
- Detecção de procurações para movimentação de contas bancárias outorgadas ou recebidas pelos devedores ou sócios.
- A relação de procuração bancária entre duas pessoas físicas faz presumir confusão patrimonial.
- A relação de procuração bancária entre pessoa jurídica e pessoa física, caso esta não conste formalmente como sócia, faz presumir que seja sócia de fato.
- O elo entre duas pessoas jurídicas por sócio de fato em comum caracteriza grupo econômico.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Tecnologia a serviço das execuções; 3 Implementação da consulta ao Sistema Bacen CCS como rotina de trabalho das unidades judiciárias, dando mais efetividade à execução de ofício trabalhista; 4 Tratamento das informações obtidas através do CCS – Cotejo com outros bancos de dados – Identificação de confusão patrimonial e de grupo econômico; 5 Estabelecimento de presunções; 6 Utilização do poder geral de cautela; 7 Valores penhorados em excesso quanto ao todo mas inferiores ao valor exequendo em relação a cada devedor solidário; 8 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O convênio do TST junto ao Banco Central para acesso ao Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (Bacen CCS), ainda não difundido amplamente no âmbito do Poder Judiciário, pode se tornar uma ferramenta vital à execução trabalhista, notadamente para aqueles casos em que as demais providências executórias já falharam, não se localizando bens dos devedores ou, até mesmo, não se encontrando os devedores. Em tais casos seria recomendável a adoção de sua consulta como uma das rotinas de execução da unidade judiciária.

* Juiz do Trabalho Substituto – TRT da 4ª Região.

** Juiz Titular da 3ª Vara do Trabalho de Rio Grande – RS.

O CCS visa a dar cumprimento a dispositivo da Lei 10.701, de 9.7.2003, que incluiu o artigo 10-A à Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) determinando que o Banco Central “*manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores*”. Seu funcionamento está regulamentado pela Circular 3.347 de 11.4.2007 do Banco Central do Brasil.

O sistema permite verificar se os clientes do Sistema Financeiro Nacional (SFN) mantêm contas bancárias ou aplicações financeiras diretamente ou por seus procuradores, o que torna possível detectar interpostas pessoas (ou “*laranjas*”), que apenas emprestam seu nome para ocultar o real proprietário dos valores, assim, como proprietários de fato ou sócios ocultos, que administram pessoas jurídicas sem constar formalmente de seu quadro social, através de procuração para movimentar as respectivas contas bancárias. O sistema (notadamente quando suas informações forem cotejadas com outros bancos de dados, como os da Receita Federal e Junta Comercial) pode trazer valiosos subsídios para embasar decisões judiciais quanto à ampliação do polo passivo das ações para abranger pessoas físicas ou jurídicas que detenham patrimônio vinculado aos devedores originais.

A relação de procuração bancária entre duas pessoas físicas faz presumir confusão patrimonial e portanto a responsabilidade solidária. A relação de procuração bancária entre pessoa jurídica e pessoa física, caso esta não conste formalmente como sócia, faz presumir que seja sócia de fato, viabilizando sua inclusão no polo passivo da demanda judicial na qualidade de sócia. Deve ser lembrado que tal presunção pode ser elidida, por exemplo, pela demonstração de que se tratava de um empregado da devedora com atribuição na gestão financeira da empresa. O elo entre duas pessoas jurídicas por sócio de fato em comum caracteriza grupo econômico, ensejando a responsabilização solidária de tais empresas.

Ressalte-se que o sistema não representa a quebra de qualquer sigilo das operações bancárias, já que não revela movimentações bancárias nem montantes constantes de contas ou aplicações financeiras, mas tão-somente a existência de vínculos entre pessoas cadastradas no Sistema Financeiro Nacional – SFN, bem como as datas de início e término da vinculação à conta bancária relacionada.

O presente breve ensaio não possui qualquer intenção de exaurir o tema, mas apenas de apresentá-lo, estimulando o debate e a difusão de tal ferramenta como um importante instrumento para a solução das execuções trabalhistas.

2 TECNOLOGIA A SERVIÇO DAS EXECUÇÕES

Em um país que pretenda estar sob o império das leis, a informática constitui grande aliada.

É sabido que grande quantidade de pessoas ou empresas, para furtar-se ao pagamento de condenações sofridas em processos judiciais, procura ocultar

seus bens em nome de terceiros, os chamados “*laranjas*”, em manobras nocivas que dificultam a concretização do direito que um cidadão teve reconhecido pelo Poder Judiciário. Com isso, prejudicam à toda sociedade, cujo tecido se desorganiza em razão da insegurança jurídica, lentidão e falta de eficácia na distribuição e imposição da justiça. Ademais, quem não salda seus débitos reconhecidos em Juízo compete no mercado em ilícita vantagem, perfazendo concorrência predatória em relação aos que pagam pontualmente suas obrigações, ensejando ciclo vicioso que eventualmente pode estimular a repetição de tal comportamento nocivo entre seus pares.

Para responder à gravidade de tal crônica situação, entretanto, o Poder Judiciário tem tido, na progressiva informatização, grande e valiosa contribuição.

Trata-se de uma revolução silenciosa que vai munindo a Magistratura nacional de ferramentas para tornar mais efetivas suas decisões, agilizando requisições e consultas a bancos de dados de várias instituições, como o Banco Central, Receita Federal e Estadual, TRE, DETRAN, Junta Comercial e outros.

O que antes era feito através de ofícios em papel, com considerável prejuízo à celeridade, passa a se dar através de convênios que integram tais bancos de dados e permitem consultas e requisições pelo Poder Judiciário, quase em tempo real, agilizando a busca e o cotejo dos dados, possibilitando a localização de bens dos devedores, a detecção de fraudes à execução, bem como o desmascaramento de interpostas pessoas, as quais sob seu nome ocultam os reais titulares de valores em contas bancárias ou os verdadeiros proprietários de uma determinada empresa. Em tal contexto se insere o sistema BACEN CCS, revelando vínculos bancários que auxiliam na identificação e comprovação de tais situações.

3 IMPLEMENTAÇÃO DA CONSULTA AO SISTEMA BACEN CCS COMO ROTINA DE TRABALHO DAS UNIDADES JUDICIÁRIAS, DANDO MAIS EFETIVIDADE À EXECUÇÃO DE OFÍCIO TRABALHISTA

A implementação e difusão de soluções tecnológicas, como a consulta ao sistema BACEN CCS, para auxiliar na satisfação dos débitos reconhecidos judicialmente, constitui um caminho irreversível na busca pela agilização e efetividade, a fim de fazer frente ao crescimento exponencial do número de lides submetidas ao Poder Judiciário.

Há alguns anos a introdução de outro sistema disponibilizado através de convênio do Poder Judiciário com o Banco Central, o BACEN JUD, revolucionou a fase executória das lides judiciais, automatizando as buscas de numerário em contas e aplicações bancárias e respectiva penhora. Após anos de debate, sobrevivendo a natural sedimentação do tema na doutrina e jurisprudência, além da massificação de seu uso, são inegáveis os ganhos decorrentes, com sensível aumento da quantidade de processos cuja execução foi solucionada rapidamente, pela penhora de numerário – em situações que com frequência, não fosse tal ferramenta tecnológica, teriam sido ofertados à penhora bens

móveis de duvidoso valor ou liquidez, ou se teriam consumidos anos na busca (frequentemente infrutífera), penhora e alienação de bens imóveis, veículos, etc.

Entende-se que o novo sistema, BACEN CCS, poderá ter a mesma importância, para o Poder Judiciário e para a Sociedade como um todo, principalmente para aquelas lides em que os demais atos de execução já se mostraram ineficazes.

É o caso daquelas execuções em que a parte executada (empresa e eventuais sócios incluídos no polo passivo) não indicou bens à penhora, tampouco a parte credora os localizou e indicou, bem como em que a tentativa de penhora eletrônica via BACEN JUD restou infrutífera, assim como inexitosa outras diligências através de convênios como os do DETRAN e Receita Federal do Brasil (RENAJUD e INFOJUD).

No âmbito da Justiça Especializada Trabalhista, tais processos seriam arquivados sem a satisfação do crédito exequendo, no aguardo de que, eventualmente, em um momento futuro, fosse provocada nova atuação do Poder Judiciário, mediante notícia da localização de algum patrimônio apto a saldar a dívida.

Considerando que na Justiça do Trabalho a execução se processa de ofício, por impulso do Juízo, presumindo-se o poder-dever de uso de todos os meios postos à sua disposição para liquidar o crédito, seria recomendável a inclusão da consulta ao sistema BACEN CCS dentre as rotinas de execução da Unidade Judiciária, auxiliando na localização de patrimônio vinculado aos devedores, junto a interpostas pessoas, sócios de fato ou empresas do grupo econômico, bem como fornecendo elementos de prova para subsidiar decisão quanto à ampliação do polo passivo.

Quanto ao momento de seu emprego, o banco de dados pode ser consultado a qualquer tempo, conforme conveniência e entendimento do Juízo. Entretanto, considerando a peculiaridade do sistema, o qual através de vínculos bancários pode trazer informações a amparar mudanças na composição do polo passivo, entende-se mais apropriada a sua utilização no estágio processual em que já exauridas as diligências executivas em face das empresas originalmente constantes como devedoras e de seus sócios formais.

4 TRATAMENTO DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS ATRAVÉS DO CCS – COTEJO COM OUTROS BANCOS DE DADOS – IDENTIFICAÇÃO DE CONFUSÃO PATRIMONIAL E DE GRUPO ECONÔMICO

A consulta ao sistema CCS, em si, é bastante simples, acessada através da internet, no sítio do Banco Central <http://www.bcb.gov.br/?JUDICIARIO>. Existem modos de consulta diretamente por conta bancária ou por CPF/CNPJ, sendo esta última a mais útil para o escopo debatido acima. Mediante inserção do CPF ou CNPJ do devedor, justificativa e o número do processo judicial para o qual se destina a pesquisa, além de *login* e senha do usuário, obtêm-se os números das contas bancárias e outros CPFs ou CNPJs relacionados a tais contas (titulares, procuradores, responsáveis, representantes).

Proporcionalmente ao tamanho da empresa devedora e quantidade de sócios pesquisados, o detalhamento de resposta à consulta pode ser extenso, algumas vezes ultrapassando uma centena de páginas.

Descreve-se brevemente, como exemplo, um caso concreto em que, infrutífera a execução contra os devedores principais (pessoas jurídicas), a execução voltou-se ao patrimônio dos sócios. Nos contratos sociais acostados aos autos da execução, constavam como sócios, por sua vez, outras pessoas jurídicas, cujos respectivos sócios e pessoas com delegação de poderes de administração e gerência ou membros do conselho de administração foram incluídos no polo passivo para responderem pela execução. A respectiva consulta ao sistema CCS produziu um relatório superior às 300 páginas de relacionamentos e detalhamentos, ou seja, indicações de contas bancárias e respectivos clientes e seus procuradores, representantes ou responsáveis.

No tratamento das informações foi ainda efetuado o cotejo com os dados da Receita Federal do Brasil, consultados via sistema HOD¹ pelo juízo, indicando a participação de algumas das pessoas físicas mencionadas em outras empresas. Segundo dados obtidos na Receita Federal do Brasil, via HOD, se identificou ainda que um dos procuradores das contas bancárias era filho do principal sócio de tais empresas. Mais informações foram ainda recebidas nos embargos de terceiros que acabaram sendo opostos, como por exemplo o contrato social de uma das empresas envolvidas, indicando como respectivas sócias duas netas do sócio principal e ao mesmo tempo sobrinhas do administrador do grupo. Foram também colacionadas outras procurações, dando poderes de gestão a outras pessoas que já haviam sido identificadas através do sistema CCS, corroborando as informações lá existentes. Cotejando, outrossim, as pessoas relacionadas no sistema CCS com os dados obtidos via Receita Federal, restaram demonstrados vários vínculos familiares, inclusive com diversas coincidências de endereços.

Esses elementos indicaram a formação de grande grupo econômico, com ampla participação familiar na constituição das pessoas jurídicas e/ou na administração comum ou representação por procuração.

Ora, um grupo empresarial caracteriza-se a partir do momento em que várias empresas se aglomeram sob uma direção econômica integrada (essa direção é feita geralmente pelo controlador acionário) buscando objetivos comuns como se uma única e grande empresa fossem. De acordo com o que ensina José Augusto Rodrigues Pinto:

O primeiro grupamento econômico surgiu, [...] pela sucessiva criação de novas ou absorção de outras sociedades já existentes, sempre lhes conservando o controle acionário, de modo a exercer a direção integrada das atividades. Fica, desse modo, formado o grupo de empresas, cada

¹ Rede de dados da Receita Federal do Brasil via *Host On-Demand*, acesso disponibilizado ao Poder Judiciário mediante convênio.

qual mantendo direção própria para a sua atividade, mas todas sujeitas à coordenação geral, de sentido econômico, da controladora do capital social (PINTO, 2000, p. 147)

Afirma ainda que:

Analisando-se o dispositivo em causa, podem resumir-se os requisitos da solidariedade de grupo empresarial econômico do seguinte modo: a) pluralidade de empresas; b) personalidade jurídica e direção interna próprias de cada empresa; c) interesse econômico integrado; d) direção geral, ou coordenação do interesse econômico comum, por uma das empresas (PINTO, 2000, p. 148)

E sentença:

Efetivamente, ver-se-á que, diante das circunstâncias que disciplina, a solidariedade do grupo econômico ignora a existência do empregador e faz aderir a obrigação à empresa que tenha condição financeira de atendê-la, mesmo sem envolvimento na relação individual de emprego (PINTO, 2000, p. 147)

Já quanto à pluralidade de empresas e a personalidade jurídica diversa, a diversidade de atividades das empresas integrantes do grupo não afasta a sua caracterização, não havendo base legal para que se exija a identidade de atividades para que se entenda comprovada a sua ocorrência. Em tal sentido, Mauricio Godinho Delgado leciona:

No que diz respeito à dinâmica probatória do grupo econômico (ao menos no tocante à fase de conhecimento), não há prova preconstituída imposta pela lei à evidência dessa figura jurtrabalhista. Quaisquer meios lícitos de prova são hábeis a alcançar o objetivo de demonstrar a configuração real do grupo (arts. 332 e 335, CPC) (DELGADO, 2004, p. 406)

A devedora principal e as demais empresas identificadas através do CCS e demais ferramentas mencionadas, embora com personalidades jurídicas distintas, revelaram-se na verdade gerenciadas e administradas de forma conjunta, havendo estreita ligação entre as empresas, com procuradores e administradores em comum, deixando clara a configuração do grupo empresarial.

Cumprir destacar que, com o cancelamento da Súmula nº 205 do TST, mesmo não constando expressamente do título executivo judicial, a empresa componente do mesmo grupo empresarial ou econômico do devedor poderá ser sujeito passivo na execução, por se tratar de hipótese de empregador único (BARROS, 2008, p. 381).

Retomando-se o exemplo acima referido, verificou-se que as empresas em questão, além de formarem grupo econômico, efetivamente tentaram

esconder-se, ou a seus sócios de fato, por trás dos mantos das personalidades jurídicas, a fim de se esquivarem de suas obrigações trabalhistas. A executada principal ficou intencionalmente sem bens livres e desembaraçados, pois não encontrados, nem sequer tendo havido indicação deles à penhora, seja pela devedora ou por aquelas que opuseram embargos, de modo a possibilitar a satisfação dos créditos dos exequentes. No entanto, as próprias empresas indicaram haver confusão entre as pessoas jurídicas, na medida em que uma outorga poderes para sócios de outras representá-la, inclusive para abrir conta bancária, movimentá-la e encerrá-la, conforme as informações extraídas do Bacen CCS.

Em um outro exemplo que ilustra perfeitamente o presente debate, foi noticiado em um processo de execução que a empresa devedora, embora falida, continuava a atuar no mercado. Tal empresa, do ramo de vigilância, figurava como devedora em dezenas de processos trabalhistas na mesma comarca, cuja soma de débitos atingia cifras milionárias. Através do sistema BACEN CCS, consultando-se o CNPJ da devedora (falida), se identificou uma determinada pessoa física que detinha procuração para movimentar as suas contas desde muitos anos antes. Consultando-se no mesmo sistema o CPF de tal pessoa, foi identificado que esta também detinha procuração para movimentar as contas bancárias de outra empresa de razão social quase idêntica à da empresa falida, do mesmo ramo empresarial. Cotejando-se tais informações com as relações de sócios obtidas através da Receita Federal do Brasil, (via sistema HOD) e Junta Comercial, descobriu-se que tal pessoa não figurava como sócia da empresa falida, mas era sócia detentora de 99% das cotas da “nova” empresa de vigilância. Finalmente, através de mecanismos de busca da *internet*, verificou-se que esta última utilizava o mesmo nome fantasia e logomarca que a falida, bem como que se declarava, em seu sítio de *internet*, empresa há 30 anos no mercado (abrangendo, portanto, o período da falida), com mais de 1000 clientes ativos e mais de 2000 funcionários – uma verdadeira potência em seu segmento de atuação.

Evidencia-se, assim, que o procurador das contas bancárias da falida é, na realidade, um sócio de fato oculto em relação a esta, atraindo a conclusão de que ambas empresas constituem grupo econômico ou que, de fato, constituem a mesma empresa (conclusões ainda corroboradas pelas informações veiculadas na *home page* da empresa), ambas as situações a ensejar a responsabilização solidária.

À vista de tais condições, não há a mínima razão para permitir que o manto da personalidade jurídica sirva para obstaculizar a satisfação dos créditos alimentares de dezenas de trabalhadores que tiveram seus direitos sonogados.

Em situações como essas, resta evidenciado o intuito de ocultamento do patrimônio da executada na personalidade jurídica de outras empresas e de seus representantes, que formalmente não figuram como sócios, em tentativa de utilização da personalidade jurídica para fins diversos daqueles para os

quais foi criada, com o objetivo de prejudicar credores trabalhistas, circunstância suficiente para caracterizar o uso abusivo da personalidade jurídica e a fraude. Nesse sentido, a lição de que “[...] a simples invocação da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios como obstáculo ao cumprimento de obrigações trabalhistas caracteriza abuso de direito na utilização da pessoa jurídica.” (CLAUS, 2010, p. 63). De acordo com a teoria justrabalhista, o abuso no uso da personalidade jurídica caracteriza-se *in re ipsa* sempre que a distinção patrimonial entre pessoa jurídica e seus sócios implicar a frustração de direitos indisponíveis, como é o caso dos direitos trabalhistas (Justen Filho, *apud* LORENZETTI, 2003, p. 195).

A fraude ou o abuso de direito autorizam desconsiderar a personalidade jurídica, conforme a já consagrada *disregard doctrine*. Em tal sentido:

Quando o conceito de pessoa jurídica é empregado para defraudar credores, evitar uma obrigação, tirar vantagem da lei, alcançar ou perpetuar monopólio ou proteger a desonestidade ou o crime, os tribunais irão colocar de lado a pessoa jurídica, irão considerar a sociedade como uma associação ativa de homens e mulheres, e irão fazer justiça. (WORMSER *apud* SILVA, 1999, p. 28)

A desconsideração da pessoa jurídica atinge o administrador, ainda que não componha o quadro societário, na dicção da lei:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade (BRASIL. Código Civil, 2002).

Frente aos fatos da vida, a ficção deve ser desprezada quando inútil à realização plena da Justiça. A lei foi criada para regular as relações sociais, dar a cada um o que é seu, não podendo dar margem e proteção aos que abusam do direito societário, impondo-se em tais casos o redirecionamento da execução a outras pessoas jurídicas atuantes no mesmo empreendimento econômico, ou às pessoas físicas que formam tal empreendimento, como sócios, administradores ou representantes, estes na condição de sócios de fato. No mesmo sentido, colacionam-se alguns arestos, ilustrativamente:

AGRAVO DE PETIÇÃO. Grupo econômico familiar, composto por pessoas jurídicas que atuam no mesmo ramo de negócios. A coisa julgada, formada na fase de conhecimento, alcança as pessoas jurídicas que

exploram o mesmo negócio, e que são formadas por familiares dos sócios da primeira (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Apelação nº 0114400-76.2005.5.04.0305, 2010).

EXECUÇÃO DIRIGIDA AO ADMINISTRADOR. Conforme permissivo do art. 50 do CCB, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade reclamada, respondendo o administrador, que atua como sócio de fato, pela dívida trabalhista objeto da demanda (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Apelação nº 0045100-97.2005.5.04.0411, 2011).

AGRAVO DE PETIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O reconhecimento da existência de grupo econômico resulta na responsabilização de forma solidária de todas as empresas dele integrantes. Inteligência do artigo 2º, § 2º, da CLT (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Apelação nº 0157400-58.2003.5.04.0221, 2011).

EMBARGOS DE TERCEIRO. GRUPO ECONÔMICO. A existência de parentesco próximo entre os sócios da reclamada no processo principal e os da agravante, com endereços coincidentes nos respectivos contratos constitutivos, a similaridade de objetos sociais e a atuação do sócio da reclamada no estabelecimento da terceira embargante demonstram a contento a existência de grupo econômico, com responsabilidade solidária pela execução, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Apelação nº 0000679-81.2010.5.04.0561, 2011).

ILEGITIMIDADE ATIVA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. Correta a posição do Juízo da Origem quanto ao redirecionamento da execução ao sócio de fato da executada, condição esta que restou demonstrada nos autos. A circunstância de o aludido sócio haver se retirado da sociedade em momento bastante anterior ao ajuizamento da demanda não afastada a possibilidade de vir ele a responder pelo crédito reconhecido ao trabalhador (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Apelação nº 0000824-38.2010.5.04.0303, 2011).

5 ESTABELECIMENTO DE PRESUNÇÕES

Partindo da máxima de que o ordinário se presume, enquanto que o extraordinário se comprova, verifica-se que elementos obtidos através da consulta ao Sistema Bacen CCS conduzem de imediato a algumas presunções.

Tem-se que a relação de procuração bancária entre duas pessoas físicas faz presumir confusão patrimonial. Afinal, se uma pessoa física está movimentando numerário através da conta bancária de outra, qual explicação haveria? Note-se que, no contexto em que se torna necessária a utilização do Sistema Bacen CCS, geralmente já se revelaram inexitosas diversas outras diligências na busca de bens para solucionar a execução, havendo grande chance de existir ardil para a ocultação de patrimônio. É claro que a presunção mencionada é relativa, admitindo-se, caso a caso, seja elidida mediante a apresentação de elementos de convicção suficientes em contrário.

Tais elementos, entretanto, ensejam análise muito cautelosa, ante o risco de existência de intuito de fraude, sob pena de inviabilizar a satisfação do crédito decorrente da decisão transitada em julgado.

Na mesma esteira, quando ocorre relação de procuração bancária entre pessoa jurídica e pessoa física, caso tal pessoa física já não conste formalmente como sócia, presume-se que seja sócia de fato, a qual procura ocultar-se ao omitir sua condição nos atos constitutivos da empresa, reservando-se o poder de gestão financeira através de procurações para movimentar suas contas bancárias. Novamente se trata de uma presunção relativa e, trazidos elementos suficientes, pode ser elidida.

A título de exemplo de afastamento de tal presunção, poder-se-ia pensar no caso de um empregado do setor financeiro da empresa, mero executor das movimentações financeiras mas sem reais poderes de gestão, situação que poderia ser comprovada mediante apresentação do contrato de trabalho, declaração de imposto de renda que evidenciasse patrimônio compatível com a condição de empregado. Além disso, os valores apreendidos em sua conta também teriam de ser compatíveis com a condição de empregado, já que, caso vultosos, tal fato corroboraria a conclusão de não se trata de mero empregado executor da gestão financeira.

Finalmente, como decorrência da presunção anterior, caso uma pessoa física seja procuradora bancária, considerada sócia de fato de mais de uma pessoa jurídica, logicamente se forma entre estas pessoas jurídicas um elo através do sócio de fato em comum. Tal elo entre duas ou mais pessoas jurídicas por sócio de fato em comum também caracteriza grupo econômico.

Entende-se que tais informações extraídas do sistema Bacen CCS já sejam, *de per se*, o suficiente para ensejar as presunções mencionadas acima. No entanto, por cautela, afigura-se conveniente seu cotejo com outros bancos de dados, como a consulta das listas de sócios ou responsáveis junto à Receita Federal e Junta Comercial, comparação de datas, endereços, etc, tudo a robustecer e melhor instruir as conclusões em tela.

6 UTILIZAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA

Novamente destacando o contexto de possível ocultação de patrimônio e de grande dificuldade de localização de bens penhoráveis, tem-se que uma das poucas chances de lograr êxito na satisfação do crédito exequendo, caso se opte pela ampliação do pólo passivo, seja o bloqueio cautelar de numerário, via Bacen Jud, antes da citação dos devedores para quem a execução foi redirecionada. Tal medida encontra supedâneo no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC², já que, alertado da iminência do redirecionamento

² Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

e atingimento de sua conta bancária, o devedor recém incluído na execução também encontraria alguma forma de ocultar seu patrimônio, frustrando a tutela jurisdicional.

Dessa forma, assim que desconsiderada a personalidade jurídica, a ordem eletrônica de bloqueio de numerário das pessoas consideradas responsáveis (empresas do mesmo grupo, sócios, sócios de fato e administradores) fundamenta-se no exercício do poder geral de cautela, sem prejuízo da posterior citação das pessoas atingidas. Nesse sentido, a propósito, o Enunciado 2 aprovado na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, ocorrido de 24 a 26 de novembro de 2010, em Cuiabá-MT:

PODER GERAL DE CAUTELA. CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE OFÍCIO DE PATRIMÔNIO DO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA, IMEDIATA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESTA. CABIMENTO. Desconsiderada a personalidade jurídica da executada para atingir o patrimônio dos sócios, em se constatando a insuficiência de patrimônio da empresa, cabe a imediata constrição cautelar de ofício do patrimônio dos sócios, com fulcro no art. 798 do Código do Processo Civil (CPC), inclusive por meio dos convênios Bacen Jud e Renajud, antes do ato de citação do sócio a ser incluído no pólo passivo, a fim de assegurar-se a efetividade do processo. (JORNADA, 2010)

7 VALORES PENHORADOS EM EXCESSO QUANTO AO TODO MAS INFERIORES AO VALOR EXEQUENDO EM RELAÇÃO A CADA DEVEDOR SOLIDÁRIO

Pode ocorrer de o pólo passivo da execução ser ampliado de tal modo que o bloqueio cautelar de numerário via Bacen Jud venha a atingir várias pessoas e, no somatório dos valores, alcançar montante superior à dívida. Ainda nesse caso em que o bloqueio cautelar via Bacen Jud, quanto à totalidade dos devedores, atinja valor maior do que o suficiente para cobrir o valor da execução, não se pode olvidar que é iminente a oposição de insurgências pelas pessoas atingidas, que geralmente buscam a liberação do bloqueio por medidas judiciais. Assim, considerando que o devedor solidário responde por parte ou pelo todo da dívida, não há falar em excesso de execução ou em saldo remanescente quanto a cada devedor individual, salvo na estrita hipótese em que o valor bloqueado junto a este, isoladamente, já seja superior ao valor exequendo.

8 CONCLUSÕES

Em conclusão, pode-se afirmar que, dado o crescimento exponencial do número e complexidade das execuções trabalhistas, com grande dificuldade na localização de bens dos devedores, detecção de fraudes à execução ou no desmascaramento de interpostas pessoas – as quais sob seu nome ocultam os reais titulares de valores em contas bancárias ou os verdadeiros proprietários de uma determinada empresa – o sistema BACEN CCS constitui essencial ferramenta de trabalho, revelando vínculos bancários entre pessoas

físicas e jurídicas, o que auxilia na identificação e comprovação de tais situações.

Considerando que na Justiça do Trabalho a execução se processa de ofício, por impulso do Juízo, presumindo-se o poder-dever de uso de todos os meios postos à sua disposição para liquidar o crédito, seria recomendável a inclusão da consulta ao sistema BACEN CCS dentre as rotinas de execução da Unidade Judiciária, auxiliando na localização de patrimônio vinculado aos devedores, junto a interpostas pessoas, sócios de fato ou empresas do grupo econômico, bem como fornecendo elementos de prova para subsidiar decisão quanto à ampliação do polo passivo.

Os dados extraídos do sistema BACEN CCS comprovam relações bancárias que levam ao estabelecimento de presunções úteis na tomada de decisão quanto ao redirecionamento da execução. A relação de procuração bancária entre duas pessoas físicas faz presumir confusão patrimonial, enquanto que a relação de procuração bancária entre pessoa jurídica e pessoa física, caso esta não conste formalmente como sócia, faz presumir que seja sócia de fato. Em decorrência, caso uma pessoa física seja procuradora bancária e considerada sócia de fato de mais de uma pessoa jurídica, logicamente se forma entre estas pessoas jurídicas um elo através do sócio de fato em comum, o que caracteriza grupo econômico.

Em situação de possível ocultação de patrimônio e de grande dificuldade de localização de bens penhoráveis, impõe-se o bloqueio cautelar de valores, antes mesmo da citação, com supedâneo no poder geral de cautela (art. 798 do CPC), já que, alertado da iminência do redirecionamento e atingimento de sua conta bancária, o devedor recém incluído na execução também encontraria alguma forma de ocultar seu patrimônio.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2008.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm >
- _____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Apelação nº 0114400-76.2005.5.04.0305*. Sexta Turma. Redator: Desembargador Maria Inês Cunha Dornelles. Porto Alegre, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:c4fllu3_OrJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D36957566++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-08-13..2011-08-13++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 13 ago. 2013.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Apelação nº 0045100-97.2005.5.04.0411*. Quarta Turma. Redator: Desembargador João Pedro Silvestrin. Porto Alegre, de 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:u2g60QRU4IUJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D38465922++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-08-13..2011-08-13++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 13 ago. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Apelação nº 0157400-58.2003.5.04.0221*. Quinta Turma. Redator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Alegre, de 06 de outubro de 2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:90SBUzKKNi4J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D39977307++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-08-13..2012-08-13++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 13 ago. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Apelação nº 0000679-81.2010.5.04.0561*. Terceira Turma. Redator: Desembargador João Ghisleni Filho. Porto Alegre, de 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:B4UywmKlmjEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D38629565++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-05-13..2012-05-13++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 13 ago. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Apelação nº 0000824-38.2010.5.04.0303*. Segunda Turma. Redator: Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz. Porto Alegre, de 28 de julho de 2011. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:8_ZVik7nOsIj:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D39150273++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-05-13..2012-05-13++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 13 ago. 2013.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Desconsideração de Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista: aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre: HS Editora, nº 38, p. 61-88, 2010.

DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2004.

JORNADA Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, 2010, Cuiabá-MT. *Enunciados aprovados pela Plenária*. Cuiabá-MT, 2010. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/enunciados_aprovados_JN_2010.pdf>. Acesso em: 13 de ago. 2013.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.