

Temas Relevantes da Atuação do Ministério Público do Trabalho



República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

Câmara Editorial - CED

Ministério Público Federal

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

Temas Relevantes da Atuação do Ministério Público do Trabalho

Organizadores

Renan Bernardi Kalil

Sofia Vilela de Moraes e Silva



Brasília-DF
2017

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação dos originais e revisão de provas

Davi Silva do Carmo, Bárbara Seixas Arreguy Pimentel

Capa, projeto gráfico e diagramação

Gabriela Maciel

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

T278 Temas relevantes da atuação do Ministério Público do Trabalho / Renan Bernardi Kalil, Sofia Vilela de Moraes e Silva (organizadores). – Brasília : ESMPU, 2017.

280 p.

ISBN 978-85-9527-009-1

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-008-4

Inclui bibliografias

1. Ministério Público do Trabalho. 2. Direito do trabalho - Brasil. 3. Ambiente do trabalho. 4. Assédio moral. 5. Trabalho doméstico. 6. Liberdade sindical. 7. Trabalho do menor. I. Kalil, Renan Bernardi. II. Silva, Sofia Vilela de Moraes e. III. Título.

CDD 342.682

Sumário

Apresentação Afonso de Paula Pinheiro Rocha	7
Os direitos dos trabalhadores domésticos após a Emenda Constitucional n. 72/2013 e a Lei Complementar n. 150/2015 Amanda de Lima Dornelas	11
A discriminação em matéria de trabalho nas instituições de tendência e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos Carlos Eduardo Almeida Martins de Andrade	43
Instrumentos extrajudiciais e judiciais de tutela coletiva na prevenção e repressão ao assédio moral coletivo. A atuação do Ministério Público do Trabalho Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues	73
A manipulação de drogas quimioterápicas e o direito fundamental à saúde dos profissionais de saúde Leomar Daroncho	99
A execução provisória em sede de ações coletivas para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho Melina de Sousa Fiorini	131
A complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal: a (i)licitude da terceirização dos serviços públicos de saúde Priscila Dibi Schvarcz	161

Direito fundamental ao trabalho seguro: responsabilidade civil do empregador, novas tendências e desafios Rachel Freire de Abreu Neta	193
O Ministério Público do Trabalho e a liberdade sindical: a tênue linha entre a promoção e a interferência Renan Bernardi Kalil	215
A doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes e a atuação do Ministério Público do Trabalho Sofia Vilela de Moraes e Silva	251

Apresentação

Ter a incumbência de escrever a apresentação desta obra foi uma grande honra. Embora o Ministério Público do Trabalho já tenha percebido a qualidade técnica e a capacidade de inovação dos colegas que subscrevem os artigos na defesa da ordem jurídica e na concretização dos valores constitucionais, eu tive a alegria e satisfação de ter uma posição privilegiada de perceber antecipadamente a aptidão dos colegas durante o curso de formação. Trata-se inegavelmente de grupo que espelha de forma ímpar o ideal do que devem ser procuradoras e procuradores do Trabalho.

Numa nota pessoal, eu ainda tive a alegria de auxiliar alguns na elaboração dos artigos, o que redundou em um aprendizado muito maior de minha parte. O fato de os autores desta obra possuírem diversidade de formações e experiências prévias conferiu uma perspectiva única a esta.

Com a leitura dos textos fica evidente que a pesquisa acadêmica serve ao propósito transformativo da realidade ao articular teses e argumentos jurídicos na construção de teorias e extração de conclusões que permitam a efetiva concreção dos valores constitucionais de solidariedade e respeito aos direitos fundamentais trabalhistas. A lógica argumentativa constitucional é recorrente em todos os textos, não obstante a extensão temática. Esse liame básico é testemunho da postura ativa dos autores frente ao desafio diário de defender a ordem jurídica atuando de forma a realizar a promessa constitucional de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Outro diferencial da obra é a multiplicidade de temas, tanto em questões de direito material do trabalho como em direito processual do trabalho. Em ambas as searas, o enfoque é predominantemente prático e atual, exatamente por serem trabalhos que decorreram de estudos voltados ao curso de formação dos autores. São recorrentes os *insights* de como o estado da arte da teoria jurídica se correlaciona com a atuação concreta de membro do Ministério Público do Trabalho.

Amanda de Lima Dornelas versa sobre temática atual na afirmação constitucional dos direitos dos trabalhadores domésticos, notadamente após a Emenda Constitucional n. 72/2013 e a Lei Complementar n. 150/2015.

Abordando os projetos de lei que tramitam para regular a nova realidade, o artigo apresenta um panorama evolutivo da concepção do trabalho doméstico. Trata-se de texto imperdível para a atualização de qualquer jurista da área trabalhista.

Carlos Eduardo Almeida Martins de Andrade demonstra maestria no manejo da interface da legislação internacional com o direito do trabalho. Tratando da discriminação em matéria de trabalho à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o texto leva a uma reflexão sobre as balizas de enfrentamento da discriminação no ordenamento pátrio, além de fornecer subsídios para reforçar a atuação concreta no âmbito do Ministério Público.

Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues apresenta texto com o instrumental prático de repressão ao assédio moral coletivo voltado para a atuação do Ministério Público do Trabalho. Nesse particular, o manejo dos instrumentos processuais e de extraprocessuais fornecem *insights* sobre o tratamento da questão e sobre como se pode atuar de forma inovadora na eliminação desta forma de violação aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Leomar Daroncho discorre sobre tema inovador, notadamente as implicações trabalhistas de saúde e segurança do trabalho na manipulação de drogas quimioterápicas, fazendo correlação com o direito fundamental à saúde dos profissionais de saúde. Ressalte-se que o texto transita na interdisciplinaridade técnica de forma didática, precisa e clara para o leitor.

Melina de Sousa Fiorini aborda questão processual de extrema relevância, notadamente a mitigação do ônus do tempo na efetivação de direitos no âmbito da tutela coletiva. O detalhamento do instituto processual da execução provisória provê ao leitor uma noção clara de como este instrumento pode ser manejado com grande eficiência e eficácia concretas.

Priscila Dibi Schvarcz, por sua vez, aborda tema de extrema importância e reiteração prática na atuação do Ministério Público, notadamente a possibilidade e os limites da terceirização dos serviços públicos de saúde. O levantamento de dados e teses jurídicas em conflito no âmbito teórico-jurisprudencial fornecem elementos para a compreensão ampla da questão.

Rachel Freire de Abreu Neta aborda a responsabilidade civil no âmbito trabalhista, fazendo a leitura da atualidade e a forma transformativa de manejo do instituto na concreção do direito fundamental ao trabalho seguro. O panorama traçado é tanto informativo quanto inspirador para atuação.

Renan Bernardi Kalil, ao tratar da liberdade sindical, produziu texto ímpar para a orientação dos membros do Ministério Público do Trabalho sobre a postura a ser adotada na atuação investigativa e promocional ao se relacionar com o movimento sindical. O artigo demonstra de forma clara os pontos de inflexão, e mesmo tensão, nos quais a defesa da ordem jurídica envolve a salvaguarda da liberdade sindical, sem que a mesma se traduza em interferência estatal indevida.

Sofia Vilela de Moraes e Silva, por fim, trata de tema que se insere inegavelmente no centro das atribuições do Ministério Público, a proteção à infância e à adolescência. Demonstrando o conteúdo do princípio da proteção integral, o artigo tece com clareza os elementos mínimos que qualquer estudioso da matéria, e principalmente membros do Ministério Público, devem possuir sobre o assunto.

Esse conjunto de visões e temáticas complementares consubstancia obra que se torna leitura essencial para os juristas com interesse na área trabalhista e interessados na atuação do Ministério Público do Trabalho. Considerando, finalmente, a qualidade dos textos, só resta esperar com ansiedade a produção acadêmica futura e as atuações institucionais que os autores por certo vão ultimar, engrandecendo com isso o Ministério Público do Trabalho e melhorando a nossa realidade.

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

Procurador do Trabalho

Os direitos dos trabalhadores domésticos após a Emenda Constitucional n. 72/2013 e a Lei Complementar n. 150/2015

Amanda de Lima Dornelas

Procuradora do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Requisitos. 3.1 Continuidade. 3.2 Pessoa física ou família. 3.2.1 Pessoa física. 3.2.2 Família. 3.3 Finalidade não lucrativa. 3.4 Subordinação. 3.5 Onerosidade. 3.6 Pessoaalidade. 4 Os direitos dos empregados domésticos na Constituição Federal de 1988. 5 A Lei Complementar n. 150/2015 e a regulamentação dos novos direitos. 6 Trabalho doméstico: uma das piores formas de trabalho infantil. 7 A atuação do Ministério Público do Trabalho contra a permissão do trabalho doméstico aos menores de 18 anos. 8 Conclusão.

1 • Introdução

Os empregados domésticos, até a promulgação da Emenda Constitucional n. 72/2013, que ficou conhecida como PEC das domésticas, não eram alcançados pelos mesmos direitos trabalhistas conferidos aos demais trabalhadores empregados.

Alterando esse panorama histórico, o legislador constituinte, apenas recentemente, mais precisamente no dia 2 de abril de 2013, promulgou a supracitada emenda constitucional e reconheceu aos empregados domésticos os mesmos direitos conferidos aos demais empregados.

A Emenda Constitucional n. 72/2013 altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais.

A Lei Complementar n. 150 (LC), de 1º de junho de 2015, regulamentou a aplicação desses novos direitos.

Assim como houve muita resistência à promulgação da Lei n. 5.859/1972 – que tratou de definir os primeiros direitos para esta categoria – e à promulgação da Constituição de 1988 – que ampliou estes direitos, como ocorreu também com a Lei n. 11.324/2006 –, também houve muita resistência à promulgação da PEC e da lei complementar supramencionadas.

O principal fundamento para essa resistência seria o alto custo gerado aos empregadores domésticos, tendo em conta que não são estes que auferem lucro com esse trabalho prestado.

Uma importante definição da Lei Complementar n. 150/2015 foi a proibição do trabalho doméstico para menores de 18 anos.

Nesse sentido, o Brasil ratificou a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, por esse motivo, publicou o Decreto n. 6.481/2008, que trata da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, chamada de lista TIP.

Nessa mesma lista, há o item 76 a tratar do trabalho doméstico, que fica proibido para menores de 18 anos, considerando-se como prováveis riscos ocupacionais para estes adolescentes os esforços físicos intensos, o isolamento, o abuso físico, psicológico e sexual, longas jornadas, exposição ao fogo, entre outros.

O Ministério Público do Trabalho participou ativamente desses debates, defendendo a proibição do trabalho infantil aos menores de 18 anos.

Para iniciar a discussão desses assuntos, trataremos a seguir acerca do conceito e dos requisitos da relação de emprego doméstico.

2 • Conceito

A Lei n. 5.859/1972, no art. 1º, conceitua o empregado doméstico como aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas. Como con-

sequência, conclui-se que esse conceito apresenta três requisitos para que a relação configure trabalho doméstico: serviço deve ser prestado à pessoa ou à família e não pode haver finalidade lucrativa, sendo o terceiro requisito a continuidade.

Além desses requisitos, que estão expressos no art. 1º da Lei n. 5.859/1972, para que se configure o vínculo empregatício doméstico, também se deve observar a presença da onerosidade, trabalho prestado por pessoa física, subordinação e a pessoalidade.

Segundo a doutrina majoritária¹, o enquadramento legal de um trabalhador faz-se analisando quem seja seu empregador e não a atividade exercida pelo obreiro; neste sentido, Vólia Bomfim (2013) e Alice Monteiro de Barros (2005, p. 310).

Desse modo, para ser considerado empregado doméstico, basta trabalhar para um empregador doméstico, que é a pessoa física ou família que contrata sem finalidade lucrativa.

Assim sendo, não será suficiente analisar a função exercida pelo empregado para enquadrá-lo como doméstico, pois a atividade de enfermeiro, por exemplo, pode ser exercida por um empregado doméstico ou não. Será doméstico o enfermeiro pelo simples fato de trabalhar para empregador doméstico.

A atividade do trabalhador doméstico é irrelevante para seu enquadramento legal; pode ser exercido um trabalho manual, especializado ou não, intelectual etc.

O trabalhador doméstico não é apenas a cozinheira, faxineira, babá, jardineiro. Como citado acima, um enfermeiro que trabalhe para uma pessoa ou família, de forma contínua, onerosa, no âmbito residencial desta, cuidando de sua saúde, sem qualquer finalidade lucrativa por parte do empregador, é empregado doméstico. Fica claro que o empregado do-

1 Orientação Jurisprudencial n. 419 da SDI-1: ENQUADRAMENTO. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE EM EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DEFINIÇÃO PELA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. (*DEJT* divulgado em 28 e 29.6.2012 e 2.7.2012). Considera-se rurícola empregado que, a despeito da atividade exercida, presta serviços a empregador agroindustrial (art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.889, de 8.6.1973), visto que, neste caso, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento.

méstico não é apenas aquele que realiza atividades, afazeres propriamente domésticos, mas o que trabalha para um empregador doméstico.

Estabelecida, então, a forma de enquadrar legalmente o empregado doméstico, passaremos a analisar os requisitos que caracterizam o vínculo empregatício doméstico.

3 • Requisitos

A Lei Complementar n. 150/2015, em seu art. 1º, dispõe sobre os requisitos dessa relação, *in verbis*:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma *contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família*, no âmbito residencial destas por mais de dois dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. [Grifos nossos].

O mencionado artigo, se comparado com o art. 1º da Lei n. 5.859/1972, foi mais detalhista nos requisitos dessa relação de emprego. Ele mantém a continuidade e a finalidade não lucrativa, já presentes na legislação de 1972, sendo mais detalhista, porque dispõe expressamente acerca de outros requisitos, que já eram observados pela doutrina e jurisprudência; são eles a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade.

3.1 • Continuidade

Esse requisito sempre apresentou polêmica, pois a Lei n. 5.859/1972 preferiu a expressão continuidade em vez de não eventualidade, utilizada pelo art. 3º da CLT.

Por essa razão, surgiram duas correntes.

A primeira, defendida por Sergio Pinto Martins (2004, p. 28), que aponta também Octávio Bueno Magano e Plá Rodriguez como defensores do mesmo pensamento, entende que continuidade é o mesmo que não eventualidade, não fazendo qualquer distinção. Para essa corrente,

não importa a quantidade de vezes que o trabalho é prestado, bastando a necessidade permanente do serviço. Desse modo, indiferente se o trabalho é prestado de segunda a sábado ou todas as quartas-feiras ou a cada quinzena há alguns anos. Para configurar o requisito da continuidade, basta a permanência da prestação do serviço doméstico.

A segunda corrente, defendida, entre outros, por Maurício Godinho (2003, p. 295), que sagrou-se majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência², e que foi adotada na Lei Complementar n. 150/2015, é a que reconhece que a expressão continuidade difere da não eventualidade.

A continuidade, para essa corrente, é um requisito que se adequa à relação de emprego doméstico – prestado à pessoa ou à família e não há finalidade lucrativa, diferindo do trabalho prestado ao empregador não doméstico, que possui finalidade de lucro.

Tratando do tema, Vólia Bomfim (2013, p. 413) esclarece:

O trabalho “contínuo” relaciona-se com seu conceito linguístico, isto é, vincula-se com o tempo, a repetição, com o trabalho sucessivo, seguindo,

2 RECURSO DE REVISTA - PROVIMENTO - VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO - CARACTERIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE

1. A Lei nº 5.859/72, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, exige deste a prestação de serviços -de natureza contínua- no âmbito residencial da pessoa ou família.
2. A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de não considerar contínuo o trabalho efetuado em poucos dias na semana.
3. Na espécie, restou consignada no acórdão regional a prestação de serviços - apenas uma vez na semana, ou quando a Ré precisava -, insuficiente à caracterização do vínculo. Recurso de Revista conhecido e provido.

(RR - 92786/2003-900-04-00.6, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 23.4.2008, 8ª Turma, Data de Publicação: 25.4.2008).

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. A Corte de origem afastou a tese autoral derredor da formação do vínculo de emprego doméstico, porquanto restou incontroverso que a reclamante laborava duas vezes por semana na residência da reclamada. 2. Está sedimentado neste Tribunal Superior o entendimento de que o trabalho no âmbito doméstico por dois dias por semana não configura o vínculo empregatício, em razão da ausência de continuidade. Precedentes. Incide sobre o apelo o óbice da Súmula n. 333/TST e do § 4º do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR 84216020115020033 842-16.2011.5.020033 TST).

sem interrupção, como conceitua o Dicionário Aurélio. Segundo a doutrina e a jurisprudência majoritária, a repetição dos trabalhos domésticos deve ser analisada por semana, desprezando o tempo de duração do contrato, de forma que o trabalhador doméstico execute seus serviços três ou mais dias na semana.

A Lei Complementar n. 150/2015 adota expressamente essa segunda corrente, objetivando por fim a essa polêmica. Assim, estabelece que a continuidade se configura com o trabalho prestado por mais de dois dias na semana (art. 1º).

Assim sendo, o trabalho prestado à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, sem finalidade lucrativa, por até dois dias na semana, não configura um dos requisitos do trabalho doméstico, qual seja, a continuidade, e por consequência é considerado um trabalho eventual, não formalizando vínculo empregatício, não havendo a extensão dos direitos do empregado doméstico a esse trabalhador eventual, usualmente chamado de diarista.

Portanto, a Lei Complementar n. 150/2015 adota um requisito objetivo para se aferir a continuidade, ou seja, ela restará configurada quando o serviço doméstico for prestado por *mais de duas vezes na semana*. Sendo descontínuo aquele prestado por até duas vezes na semana.

3.2 • Pessoa física ou família

3.2.1 Pessoa física

O empregador doméstico não pode ser pessoa jurídica. Conforme ensinamento de Sergio Pinto Martins (2012, p. 13), “entende-se que é pessoa física porque não se pode pensar numa pessoa jurídica que seja família”. O empregado de uma pessoa jurídica, ainda que realize atividades tipicamente domésticas, como cozinheiro, arrumadeira, jardineiro, faxineira, não será empregado doméstico, tendo em vista que seu empregador não pode ser considerado empregador doméstico, pois visa ao lucro por meio dos serviços contratados.

Dessa forma, apenas a pessoa física pode ser empregador doméstico, além da família, que trataremos no tópico seguinte.

3.2.2 Família

A família também pode ser tomadora de serviços domésticos, como expressamente ressaltado desde a Lei n. 5.859/1972, no que foi seguida pela Lei Complementar n. 150/2015.

Como a família não possui personalidade jurídica, quaisquer dos seus membros capazes são considerados empregadores e todos respondem solidariamente pelos encargos trabalhistas. Qualquer um dos membros da família poderá assinar a carteira do empregado doméstico.

O conceito de família foi recentemente ampliado pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do seguinte trecho da publicação *A Constituição e o Supremo* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL):

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 5.5.2011, Plenário, *DJE* de 14 out. 2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 18.9.2012, Primeira Turma, *DJE* de 2 out. 2012; RE 477.554-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16.8.2011, Segunda Turma, *DJE* de 26 ago. 2011.

Assim sendo, a família pode ser constituída por casais heteroafetivos ou homoafetivos. Considera-se família também um grupo de amigos, irmãos, enfim, de pessoas que vivam sob o mesmo teto e empreguem o trabalhador doméstico.

3.3 • Finalidade não lucrativa

É um requisito, expresso em ambas as leis, a finalidade não lucrativa da pessoa ou família que contrata o serviço. Desse modo, a realização dos serviços prestados pelos domésticos deve ser direcionada à pessoa ou à família que contrata, ou seja, a sua mão de obra não pode gerar lucro financeiro.

Assim, a cozinheira contratada, ainda que trabalhe dentro da residência do empregador, mas fazendo bolos, doces e salgados que são vendidos para fora, não é empregada doméstica, mas empregada regida pela CLT, pois o seu trabalho é direcionado à geração de lucro, não se perfazendo o presente requisito, afastada estará a relação de emprego doméstico.

A principal característica, portanto, do trabalho doméstico, afora a continuidade da prestação de serviços, é o fato de a atividade exercida pelo empregado doméstico não resultar em lucro para o empregador (TUPINAMBÁ; BARBOSA, 2007, p. 12).

3.4 • Subordinação

Este requisito é fundamental para o reconhecimento do vínculo empregatício. Está expresso no art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015.

A subordinação é jurídica e não econômica. A subordinação jurídica traduz-se no fato de o empregador ter o direito de dar instruções, de direcionar a prestação dos serviços da forma que lhe agrada, que lhe interessa e o correlato dever do empregado de acatá-las.

Em geral, na maioria dos casos, esse requisito se sobressai na caracterização da relação de emprego doméstico, tendo em vista que as ordens e instruções tendem a ser mais intensas.

3.5 • Onerosidade

O trabalho doméstico tem que ser remunerado. A Constituição Federal assegura, no art. 7º, parágrafo único, o direito ao salário mínimo, mesmo antes da ampliação dos direitos dos empregados domésticos promovida pela Emenda Constitucional n. 72, de 2013.

A esse respeito a Lei Complementar n. 150/2015, no art. 3º, permite a contratação do empregado doméstico em regime de tempo parcial, estabelecendo, como consequência, no § 1º que, nessa hipótese, perceberá salário proporcional a sua jornada. Esse também é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho³. A esse respeito, inclusive, em junho deste ano, a 7ª Turma do TST, em decisão unânime, manteve esse posicionamento⁴.

Desse modo, aqueles que trabalharem 8 horas diárias e 44 semanais, terão que receber, pelo menos, o salário mínimo definido em lei. Aqueles que trabalharem menos tempo, perceberão, ao menos, o salário mínimo proporcional à sua jornada. O art. 3º da LC autoriza a contratação em regime de tempo parcial, conceituando-o como aquele que não excede a 25 horas semanais.

A jornada parcial implica redução nos dias de férias, conforme estabelece o art. 3º, § 3º, da LC:

3 RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO DOMÉSTICO. JORNADA REDUZIDA. SALÁRIO-MÍNIMO PROPORCIONAL. Com ressalva desta relatora, entende esta Corte Superior que o inciso IV do art. 7º da CF deve ser interpretado em consonância com o inciso XIII do dispositivo, de modo que, se a jornada de trabalho contratada do empregado é inferior àquela constitucionalmente estipulada, o salário pode ser pago de forma proporcional ao número de horas trabalhadas em jornada reduzida, nos termos da OJ n. 358 da SBDI-1. Esse entendimento aplica-se inclusive à relação de trabalho doméstico anterior à Emenda Constitucional n. 72/2013, sob pena de deferir à categoria dos trabalhadores domésticos garantia maior que à conferida aos trabalhadores em geral, o que não se coaduna com o texto constitucional vigente na época. Precedentes. Recurso de revista a que se nega provimento. (RR-1226-30.2011.5.03.0104, relatora ministra: Kátia Magalhães Arruda, data de julgamento: 11.6.2013, 6ª Turma, data de publicação: 14.6.2013).

4 Cf. <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/empregada-domestica-com-jornada-reduzida-recebera-salario-proporcional-ao-minimo>.

- I. dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas;
- II. dezesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;
- III. quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas;
- IV. doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;
- V. dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas;
- VI. oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

O art. 18 veda o desconto salarial no caso de fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia na própria residência ou em anexo dela, bem como de despesas com transporte e hospedagem no caso de acompanhamento em viagem.

As despesas acima referidas não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.

No entanto, poderá haver desconto relativamente à moradia fornecida, desde que ela seja em local diverso ao do trabalho e que tenha sido expressamente acordado pelas partes.

Desde já, importante observar que, como o trabalho doméstico só é permitido a partir dos 18 anos (assunto que abordaremos mais adiante), não é lícita a conduta de fornecer trabalho doméstico a crianças e adolescentes em troca de “criação”, “educação”. Nada disso justifica tolerância ao trabalho doméstico infanto-juvenil.

3.6 • Pessoaalidade

O contrato de trabalho doméstico, como os demais contratos de trabalho, é *intuitu personae*, ou seja, o empregador contrata para prestar os serviços aquela específica pessoa, em quem confia e em cuja força de trabalho acredite. Esse requisito também está expresso no art. 1º da Lei

Complementar n. 150/2015. A pessoalidade se torna ainda mais relevante no contrato de trabalho doméstico, em razão até mesmo da localidade da prestação dos serviços, ou seja, no âmbito residencial do contratante. Por certo, o empregador terá atenção redobrada na pessoa que contrata para prestar-lhe serviços domésticos. A relação de confiança com a pessoa contratada é intensificada, pois o empregado, muitas vezes, estará em contato direto com a intimidade do empregador, cuidando da casa, dos filhos, da saúde etc.

Analisados os requisitos dessa relação de emprego, abordaremos, nos próximos dois tópicos, os direitos desses trabalhadores.

4 • Os direitos dos empregados domésticos na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais foram estendidos aos trabalhadores domésticos por meio da inclusão do parágrafo único ao art. 7º, que estabelecia:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Como se pode ver, foram assegurados a esses trabalhadores os seguintes direitos, além dos já previstos em legislação infraconstitucional: salário mínimo, irredutibilidade de salários, 13º salário, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, 1/3 a mais de salário nas férias, licenças maternidade e paternidade e aviso-prévio.

A mais recente alteração da Constituição Federal sobre o tema foi a promulgação da Emenda Constitucional n. 72 de 2013, que deu ao parágrafo único do seu art. 7º a seguinte redação:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e

XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

A nova redação, portanto, estende aos trabalhadores domésticos, além do que já lhe era concedido (salário mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, férias com acréscimo de 1/3 sobre o salário, licença à gestante, licença-paternidade, aviso prévio proporcional e aposentadoria), os seguintes direitos: a) proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa; b) seguro-desemprego; c) fundo de garantia do tempo de serviço; d) garantia de salário mínimo, quando a remuneração for variável; e) remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; f) proteção do salário, constituindo crime sua retenção dolosa; g) salário-família; h) jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais; i) adicional de serviço extraordinário; j) redução dos riscos inerentes ao trabalho; k) creches e pré-escolas para filhos e dependentes até 6 anos de idade; l) reconhecimento dos acordos e convenções coletivas; m) seguro contra acidentes de trabalho; n) proibição de discriminação de salário, de função e de critério de admissão; o) proibição de discriminação em relação à pessoa com deficiência; e p) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos.

Nos termos do parágrafo único, não necessitariam de regulamentação, sendo, portanto, autoaplicáveis, os direitos elencados nos incisos VII (garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável), X (proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa), XIII (duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho), XVI (remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal), XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança), XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), XXXI (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência) e XXXIII (proibição

de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Entretanto, havia a necessidade de regulamentar alguns desdobramentos decorrentes da efetivação desses direitos para os trabalhadores domésticos, como a duração do trabalho, uma vez que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) exclui expressamente esses trabalhadores de sua proteção. Essa regulamentação se implementou com a promulgação da Lei Complementar n. 150/2015.

Sobre o tema "jornada de trabalho", a LC adotou, em seu art. 2º, § 4º, o regime de compensação, por meio de acordo escrito entre empregado e empregador.

A propósito, esse já era o entendimento da jurisprudência trabalhista, que acatava, por acordo individual escrito, o aumento, em uma hora, da duração do trabalho diário de quem não trabalha aos sábados, desde que a jornada semanal não ultrapassasse as 44 horas semanais, conforme se depreende do seguinte trecho da matéria publicada no dia 16 de abril de 2013 e intitulada “Jornada das domésticas pode ser compensada, diz TST” (ESTADO DE MINAS, 2013):

Em julgamento na semana passada, ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sinalizaram que é possível acordo individual, por escrito, entre patrões e empregados domésticos para fixar a distribuição da jornada de 44 horas semanais, limitadas a oito diárias, previstas na Emenda Constitucional nº 72, em vigor desde o último dia 2. Dessa forma, seria possível uma jornada superior a oito horas num dia, sem configurar hora extra, desde que o empregado trabalhe menos que a jornada diária máxima em outro dia, para não ultrapassar na totalidade as 44 horas semanais.

A compensação das horas na semana, inclusive com a possibilidade de compensar os sábados liberados entre segunda e sexta-feira, é um dos pontos que mais têm gerado dúvidas entre empregadores e empregados domésticos desde a promulgação da Lei das Domésticas. Essa possibilidade ajudaria também a pacificar o que, atualmente, já configura jornada padrão dos cuidadores de idosos, com um turno de trabalho para três de descanso.

O processo envolvia justamente um litígio entre a Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (Fundep) e uma técnica de enfermagem que cobrava o pagamento em dobro das horas trabalhadas em feriado, apesar de ter uma jornada especial de 12 horas com descanso de três dias (conhecida como 12x36), sem existência de acordo coletivo com a categoria profissional.

Segue ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JORNADA ESPECIAL DE PLANTÃO (12X36 HORAS). PREVISÃO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA PARA A GENERALIDADE DOS EMPREGADOS (SÚMULA 444, TST), SALVO OS EMPREGADOS DOMÉSTICOS QUE SEJAM CUIDADORES DE IDOSOS OU DOENTES DA FAMÍLIA EMPREGADORA, RECENTEMENTE ABRANGIDOS PELA EC Nº 72, PUBLICADA EM 03.04.2013, CASOS EM QUE PODE PREVALECER A MERA PACTUAÇÃO BILATERAL ESCRITA ENTRE AS PARTES, REALIZADA ANTES OU DESDE A EC Nº 72/2013. A jurisprudência pacificou (Súmula 444, TST) que, no tocante ao mercado de trabalho no Brasil na área pública ou privada, considera-se válida, excepcionalmente, a jornada de trabalho de plantão denominada 12x36 horas, desde que prevista em lei ou em CCT ou ACT. No tocante à adoção dessa jornada de plantão (12x36 horas) no âmbito privado doméstico (Lei nº 5859/72), relativamente ao mister dos cuidadores de doentes ou idosos da família empregadora, em conformidade com a nova EC nº 72/2013, não se aplica o rigor formalístico da Súmula 444 do TST, podendo tal jornada ser pactuada por mero acordo bilateral escrito entre as partes. É que, neste caso, a família não visa estrito interesse pessoal e familiar, mas realiza também funções de assistência social e de seguridade social, na forma do *caput* do art. 194 da Constituição [...conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"]. A família, nesta relação doméstica de caráter assistencial e de seguridade social, agrega ou até mesmo substitui função e dever do Estado (art. 194, *caput*; art. 197; art. 203, *caput* e seus incisos; art. 226, *caput*; art. 227, *caput*), ressaltando-se, ademais, que o amparo devido aos idosos – seu direito constitucional fundamental (art. 230, *caput*, CF/88) – deve preferencialmente, segundo o Texto Máximo da República (art. 230, §1º, CF/88), ser executado em seus lares. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR - 1272-74.2012.5.03.0139, 3ª Turma, relator Mauricio Godinho Delgado, publicação 12.4.2013).

Passaremos agora a comentar acerca da regulamentação desses novos direitos pela Lei Complementar n. 150/2015.

5 • A Lei Complementar n. 150/2015 e a regulamentação dos novos direitos

Essa lei complementar, que regulamenta a Emenda Constitucional n. 72/2013, foi promulgada em 1º de junho de 2015. Mostraremos aqui as principais alterações, aquilo que se acrescentou ou que se modificou na legislação anterior.

A primeira e importantíssima novidade da LC é a regulamentação da jornada de 8 horas diárias e 44 semanais. A Emenda Constitucional n. 72, de 2013, reconheceu esse direito para o trabalhador doméstico; no entanto, a Lei Complementar esmiúça outros detalhes necessários à aplicação do mesmo na prática.

Atualmente, é necessário o controle manual ou eletrônico da jornada. A remuneração daquilo que ultrapassar as 8 horas diárias ou 44 semanais (serviço extraordinário) será 50% superior à da hora normal. Como segue abaixo:

Art. 2º A duração normal do trabalho doméstico não excederá de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º A remuneração da hora de serviço extraordinária será, no mínimo, de cinquenta por cento superior ao valor da hora normal.

A LC também prevê a possibilidade de compensação de jornada, em vez de remuneração superior. Essa compensação poderá ser semanal, mensal ou anual, não podendo ultrapassar um ano. O acordo de compensação deverá ser pactuado por escrito entre as partes:

§ 4º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário e instituído regime de compensação de horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia.

§ 5º No regime de compensação previsto no § 4º:

I. será devido o pagamento, como horas extraordinárias, na forma do § 1º, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho;

II. das 40 (quarenta) horas referidas no inciso I, poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês;

III. o saldo de horas que excederem as 40 (quarenta) primeiras horas mensais de que trata o inciso I, com a dedução prevista no inciso II, quando for o caso, será compensado no período máximo de 1 (um) ano.

No seu § 7º, dispõe que o repouso e horas não trabalhadas pelos empregados, que moram no local de trabalho, não serão computados na jornada:

Os intervalos previstos nesta lei, o tempo de repouso, as horas não trabalhadas e os domingos livres em que os empregados que moram no local de trabalho nele permaneçam não são computados como horário de trabalho.

E ainda, o trabalho prestado em domingos e feriados, não compensados, serão remunerados em dobro, sem prejuízo da remuneração do repouso semanal.

O art. 4º permite a contratação por prazo determinado, seja na modalidade de contrato de experiência, seja para atender necessidades transitórias da família ou substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso.

Essa é uma inovação importante, pois permitir o contrato de experiência facilita a experimentação por ambas as partes. Sendo o contrato de emprego doméstico aquele em que a aproximação das partes ocorre de forma mais intensa, torna-se extremamente relevante esse período de “prova”. Também se torna bastante útil, principalmente para o empregador, a possibilidade de contratar por prazo determinado para atender necessidades transitórias da família ou substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso.

A despedida, terminado o período de prova – que não poderá ser superior a noventa dias – ou após esgotada a necessidade de substituição de outro empregado ou a necessidade transitória, não configura arbitrariedade ou justa causa. Desse modo, afastam-se as penalidades decorrentes dessa espécie de dispensa, bem como do pedido de demissão. Tudo isso fica bem evidente nos artigos que seguem:

Art. 6º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado, fica obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Art. 7º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, o empregado não poderá se desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

Parágrafo único. A indenização não poderá exceder àquela que teria direito o empregado em idênticas condições.

Art. 8º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º não será exigido o aviso prévio.

Outra inovação da LC é a possibilidade de contratação de empregado com jornada 12x36, conforme estabelece o seu art. 10º:

Art. 10. É facultado às partes, mediante acordo escrito, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

A jurisprudência do TST já vem aceitando essa modalidade de jornada, inclusive, mediante acordo escrito bilateral, para os cuidadores de doentes ou idosos da família empregadora, excepcionando a aplicação da Súmula n. 444, na qual se exige acordo ou convenção coletiva para implementação desse regime ou previsão legal, conforme se depreende de julgado do TST⁵.

A LC também regulamentou o intervalo intrajornada, da seguinte forma:

Art. 13. É obrigatória a concessão de intervalo para repouso ou alimentação, pelo período de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas)

5 RR - 466-76.2010.5.04.0302, relator ministro: Mauricio Godinho Delgado, data de julgamento: 12.6.2013, 3ª Turma, data de publicação: 14.6.2013. RECURSO DE REVISITA. 1.VIGILANTE. ADICIONAL DE RISCO. NATUREZA JURÍDICA. PARCELA INOVADORA, ACIMA DA LEI, COM ESTRUTURA, NATUREZA E EFEITOS PRÓPRIOS. VALIDADE (ART. 7º, XXVI, CF). À luz da jurisprudência desta Corte e do princípio da criatividade da negociação coletiva, é válida a norma coletiva que atribui ao adicional de risco natureza jurídica indenizatória. É que a parcela não é tipificada por lei, resultando de efetiva criação da norma coletiva negociada, acima do patamar heterônomo estatal mínimo. Nessa medida, a norma jurídica coletiva tem respaldo na CF/88 (art. 7º, XXVI). Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. 2. JORNADA ESPECIAL DE PLANTÃO (12X36 HORAS). PREVISÃO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA PARA A GENERALIDADE DOS EMPREGADOS (SÚMULA 444, TST), SALVO OS EMPREGADOS DOMÉSTICOS QUE SEJAM CUIDADORES DE IDOSOS OU DOENTES DA FAMÍLIA

horas, admitindo-se, mediante prévio acordo escrito entre empregador e empregado, sua redução a trinta minutos.

§ 1º Caso o empregado resida no local de trabalho, o período de intervalo poderá ser desmembrado em 2 (dois) períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, 1 (uma) hora, até o limite de 4 (quatro) horas ao dia.

§ 2º Em caso de modificação do intervalo, na forma do § 1º, é obrigatória a sua anotação no registro diário de horário, vedada sua prenotação.

EMPREGADORA, RECENTEMENTE ABRANGIDOS PELA EC Nº 72, PUBLICADA EM 3.4.2013, CASOS EM QUE PODE PREVALECER A MERA PACTUAÇÃO BILATERAL ESCRITA ENTRE AS PARTES, REALIZADA ANTES OU DESDE A EC Nº 72/2013. JORNADA ESPECIAL - 12X36 HORAS - SÚMULA 444/TST. INVALIDADE - SÚMULA 85/TST. A jurisprudência pacificou (Súmula 444, TST) que, no tocante ao mercado de trabalho no Brasil na área pública ou privada, considera-se válida, excepcionalmente, a jornada de trabalho de plantão denominada 12x36 horas, desde que prevista em lei ou em CCT ou ACT. No tocante à adoção dessa jornada de plantão (12x36 horas) no âmbito privado doméstico (Lei n. 5859/72), relativamente ao mister dos cuidadores de doentes ou idosos da família empregadora, em conformidade com a nova EC n. 72/2013, não se aplica o rigor formalístico da Súmula 444 do TST, podendo tal jornada ser pactuada por mero acordo bilateral escrito entre as partes. É que, neste caso, a família não visa estrito interesse pessoal e familiar, mas realiza também funções de assistência social e de seguridade social, na forma do *caput* do art. 194 da Constituição [... conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social]. A família, nesta relação doméstica de caráter assistencial e de seguridade social, agrega ou até mesmo substitui função e dever do Estado (art. 194, *caput*; art. 197; art. 203, *caput* e seus incisos; art. 226, *caput*; art. 227, *caput*), ressaltando-se, ademais, que o amparo devido aos idosos — seu direito constitucional fundamental (art. 230, *caput*, CF/88) — deve preferencialmente, segundo o Texto Máximo da República (art. 230, §1º, CF/88), ser executado em seus lares. Contudo, no caso dos autos, consta, no acórdão recorrido, que a Reclamada não respeitava o previsto nas normas coletivas, tendo em vista que o Reclamante trabalhava diversos dias consecutivos por 12 horas, sem a concessão das 36 horas de descanso. Desse modo, deve ser reconhecida a invalidade da jornada especial de trabalho de 12x36. E, uma vez reconhecida a invalidade desse regime de jornada 12x36, é razoável a observância dos parâmetros dos itens III e IV da Súmula 85/TST, para fins de pagamento das horas extras. No caso dos autos, como o TRT concluiu que [...] correta a sentença ao deferir as horas excedentes à oitava diária ou quadragésima quarta semanal, não cabendo a limitação requerida pela empresa, uma vez que a jornada máxima semanal não foi respeitada, decidiu em conformidade com a Súmula 85/TST. Recurso de revista não conhecido no aspecto. 3. DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DA INOBSERVÂNCIA DO SALÁRIO NORMATIVO PREVISTO NAS NORMAS COLETIVAS. O objeto da irresignação está assente no conjunto fático-probatório, ainda que a Reclamada alegue o contrário, e este se esgota nas instâncias ordinárias. Adotar entendimento em sentido oposto àquele formulado pelo Regional implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível em sede de recurso de revista, a teor da Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido no aspecto.

O § 1º permite ao empregado e ao empregador um ajuste da jornada às necessidades dos afazeres domésticos.

A jornada noturna também necessitava de regulamentação, e a LC estabelece a mesma normatização já existente para os demais trabalhadores urbanos.

As férias de trinta dias, com remuneração de um terço a mais do salário, já eram um direito reconhecido desde a promulgação da Lei n. 11.324/2006. A LC prevê a possibilidade de fracionamento das férias em dois períodos – um deles não poderá ser inferior a quatorze dias – a critério do empregador, bem como faculta ao empregado doméstico converter um terço de férias em abono pecuniário, desde que queira com, pelo menos, trinta dias de antecedência ao período aquisitivo.

Outro direito, previsto na Emenda Constitucional n. 72/2013, é o referente aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Contudo, a efetividade desse direito dependia de regulamentação, o que ocorreu com a LC. Desde a Lei n. 10.208/2001, facultava-se ao empregador doméstico efetuar os depósitos do FGTS; no entanto, o empregador não era obrigado a incluir o empregado doméstico no FGTS.

A Emenda Constitucional n. 72/2013 transformou a faculdade em dever.

A LC, nos arts. 21 e 22, regula a matéria da seguinte forma:

Art. 21. É devida a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), na forma do regulamento a ser editado pelo Conselho Curador e pelo agente operador do FGTS, no âmbito de suas competências, conforme disposto nos arts. 5º e 7º da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, inclusive no que tange aos aspectos técnicos de depósitos, saques, devolução de valores e emissão de extratos, entre outros determinados na forma da lei.

Parágrafo único. O empregador doméstico somente passará a ter obrigação de promover a inscrição e de efetuar os recolhimentos referentes a seu empregado após a entrada em vigor do regulamento referido no *caput*.

Art. 22. O empregador doméstico depositará a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada empregado, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa

do empregador, não se aplicando ao empregado doméstico o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º Nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, de término do contrato de trabalho por prazo determinado, de aposentadoria e de falecimento do empregado doméstico, os valores previstos no *caput* serão movimentados pelo empregador.

§ 2º Na hipótese de culpa recíproca, metade dos valores previstos no *caput* será movimentada pelo empregado, enquanto a outra metade será movimentada pelo empregador.

§ 3º Os valores previstos no *caput* serão depositados na conta vinculada do empregado, em variação distinta daquela em que se encontrarem os valores oriundos dos depósitos de que trata o inciso IV do art. 34 desta Lei, e somente poderão ser movimentados por ocasião da rescisão contratual.

§ 4º À importância monetária de que trata o *caput*, aplicam-se as disposições da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e da Lei nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, inclusive quanto a sujeição passiva e equiparações, prazo de recolhimento, administração, fiscalização, lançamento, consulta, cobrança, garantias, processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais.

Observe-se que não há a multa de 40% sobre o valor depositado no FGTS, no caso de demissão sem justa causa. A LC mantém a alíquota de 8% referentes ao recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e, aqui a diferença, estabelece a alíquota de 3,2% relativos ao recolhimento antecipado da indenização que os trabalhadores receberão se forem demitidos sem justa causa. Com isso, eliminou-se a multa de 40% sobre o saldo do FGTS, a ser paga pelo empregador em caso de demissão injustificada. Com o recolhimento de alíquota extra, a indenização dos trabalhadores será garantida e eles receberão diretamente da Caixa Econômica Federal quando forem demitidos.

Outra distinção prevista na LC diz respeito à alíquota relativa à contribuição para a Previdência Social. A alíquota do empregador doméstico é de 8% (art. 34, II), em vez de uma alíquota de 12%, conforme atualmente prevê o art. 24 da Lei n. 8.212/1991.

A LC também estabelece o simples doméstico, que permitirá ao patrão recolher mensalmente, mediante documento único de arrecadação, as seguintes contribuições: a) 8% a 11% da contribuição previdenciária do

empregado doméstico (conforme a faixa salarial); b) 8% da contribuição patronal; c) 0,8% para o seguro acidentário; d) 8% da contribuição para o FGTS; e) 3,2% da contribuição que substituiu a multa de 40% do FGTS; f) Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF). O patrão deverá fornecer mensalmente ao empregado cópia desse documento único de arrecadação (arts. 34 e 35).

Pois bem, analisadas as principais novidades da LC, passaremos a tratar adiante de tema muito caro ao Ministério Público do Trabalho: a proibição do trabalho doméstico aos menores de 18 anos, felizmente, consagrada na LC.

6 • Trabalho doméstico: uma das piores formas de trabalho infantil

A Lei Complementar prevê, em seu art. 1º, parágrafo único, a vedação da contratação de menores de 18 anos para desempenho de trabalho doméstico.

No que diz respeito ao tema "piores formas de trabalho infantil", o Brasil é signatário da Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), citada, inclusive, no aludido parágrafo único da LC, que dispõe acerca das piores formas de trabalho infantil. Mediante essa norma de direito internacional, a OIT objetivou um padrão mínimo a ser seguido pelos países signatários, priorizando a preservação do desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente.

Por meio do Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, também mencionado no parágrafo único da LC, o Brasil regulamentou as piores formas de trabalho infantil, atendendo ao dispositivo da Convenção n. 182 da OIT. O item 76 lista o trabalho doméstico, que fica proibido para menores de 18 anos, considerando-se como prováveis riscos ocupacionais para estes adolescentes esforços físicos intensos, isolamento, abuso físico, psicológico e sexual, longas jornadas, exposição ao fogo, entre outros.

O Brasil – assim como os demais países signatários do documento *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*, apresentado

na XVI Reunião Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorrida em 2006 – assumiu o cumprimento das metas de eliminar as piores formas de trabalho infantil até 2015 e de erradicar a totalidade do trabalho infantil até 2020.

Definido como uma das piores formas de trabalho infantil no Decreto n. 6.481/2008, o trabalho infantil doméstico viola os direitos humanos de crianças e adolescentes à vida, à saúde, à educação, ao brincar, ao lazer e, ainda, acarreta prejuízos que comprometem o seu pleno desenvolvimento físico, psicológico, cognitivo e moral, tendo em vista que, até completar 18 anos, a criança e o adolescente ainda estão em processo de desenvolvimento. Por essa razão, os danos físicos e morais, vivenciados nessa fase, podem gerar comprometimento da capacidade de trabalho na fase adulta, período correto para o trabalho.

O trabalho precoce gera ainda maiores custos para toda a sociedade, uma vez que, ao provocar, em muitos casos, a invalidez de crianças e adolescentes, contribui para aumentar o déficit da Previdência Social, tendo em vista o aumento da demanda de aposentadoria por invalidez, decorrente dessas hipóteses.

A despeito de tudo isso, o reforço à proibição do trabalho doméstico aos menores de 18 anos, constante da lei complementar, era um tema conturbado desde a época da elaboração do projeto de lei complementar pela Comissão Mista de Consolidação de Leis e de Dispositivos Constitucionais. Alguns parlamentares propuseram, para o trabalho doméstico, a redução da idade mínima para os 16 anos ou a possibilidade de contratação como aprendiz na atividade, proposta essa que violaria frontalmente o compromisso internacionalmente firmado, além de violar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, constante no art. 227 da Constituição Federal de 1988⁶, bem como o princípio da proibição do retrocesso social, já aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolviam violação de direitos fundamentais, conforme podemos observar nas jurisprudências colacionadas⁷.

6 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

7 CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE- ATENDIMENTO EM CRECHE E

EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e exe-

cutar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. DOUTRINA. PRECEDENTES. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito

O princípio da proibição do retrocesso, segundo o Supremo Tribunal Federal, impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, à proteção integral, por exemplo) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos mas também se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. Tendo a sociedade brasileira avançado, ao ponto de promulgar o Decreto n. 6.481/2008, que contém uma lista (Lista TIP) das piores formas de trabalho infantil – entre elas o trabalho doméstico –, sendo atividades proibidas aos menores de 18 anos, configuraria, sim, um retrocesso social, permitir o labor de adolescentes, a partir dos 16 anos, em atividades domésticas.

Contra essa proposta, o Ministério Público do Trabalho atuou firmemente como será apresentado no próximo tópico.

7 • A atuação do Ministério Público do Trabalho contra a permissão do trabalho doméstico aos menores de 18 anos

O Ministério Público do Trabalho possui uma coordenadoria especialmente dedicada ao tema trabalho infantil, denominada Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância).

geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

A Coordinfância foi criada em 2002 e atua de forma articulada em todo o País no combate ao trabalho infantil e regularização do trabalho do adolescente. Várias metas foram traçadas (Ministério Público do Trabalho) para o enfrentamento necessário de determinadas atividades, consideradas como piores formas de trabalho ou que evidenciam situações de risco para crianças e adolescentes. São elas: trabalho infantil doméstico; atividades ilícitas (exploração sexual e tráfico de drogas); trabalho em regime de economia familiar; trabalho nos lixões; e regularização do trabalho do adolescente.

A atuação também se desenvolve mediante parcerias com instituições como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público Estadual, Fórum Lixo e Cidadania, Fóruns Nacional e Estaduais de Erradicação do Trabalho Infantil, entre outros.

Conforme mencionado, em meio aos debates acerca da regulamentação dos novos direitos dos empregados domésticos, estava o argumento que defendia a permissão do trabalho doméstico a partir dos 16 anos.

Como defensor dos direitos fundamentais, o Ministério Público do Trabalho, com destaque para a Coordinfância, voltada para o combate ao trabalho infantil, atuou firmemente contra essa proposta, participando, inclusive, de reuniões com os parlamentares integrantes da Comissão Mista de Consolidação de Leis e articulando-se com a sociedade e outras entidades, tais como a Associação Nacional de Procuradores do Trabalho (ANPT); a Comissão Permanente da Infância e da Juventude (Copeij), integrante do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH); a Coordenação Regional da Coordinfância e o Centro de Apoio Operacional de Apoio aos Promotores da Infância e Juventude do Rio de Janeiro (Caopij); o Fórum Estadual e Coordenação Regional da Coordinfância de São Paulo; o Fórum Estadual de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil/MT (Fepeti); a Coordenação Regional da Coordinfância e o Caopij do Tocantins; e a Coordenação Regional da Coordinfância e o Caopij do Paraná, para reunir forças a fim de derrubar a proposta de permissão legal do trabalho doméstico aos 16 anos.

A propósito, em 2013, o então procurador-geral do Trabalho, Luís Antônio Camargo de Melo, enviou o ofício SNP/GPT n. 7/2013 à Comissão

Mista para Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação de Dispositivos da CF (CMCLF). No documento, aponta-se como fundamento para sepultar a proposta de permissão do trabalho doméstico a partir dos 16 anos, também, o compromisso internacional do Brasil ao ratificar a Convenção n. 182 da OIT e ao promulgar o Decreto n. 6.481/2008, que trata da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, bem como do princípio da proteção integral; temática, inclusive, já comentada no tópico anterior.

Todo esse incessante combate obteve êxito. A lei complementar, finalmente, foi promulgada, determinando a vedação do trabalho doméstico aos menores de 18 anos, como já constava no projeto de Lei Complementar n. 224/2013.

Ainda sobre a temática da atuação do MPT contra o trabalho doméstico realizado por crianças e adolescentes, quando estive à frente da Coordenadoria Regional da Coordinfância, na Sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região, promovi uma audiência pública, no dia 2 de agosto de 2013, na cidade de Porto Velho, em meio aos debates do projeto de Lei Complementar n. 224/2013, que resultou na LC n. 150/2015, em conjunto com o Ministério do Trabalho e Emprego, representado pela auditora fiscal do Trabalho Márcia Harue Higashi Lobo, e com o Fórum Estadual do Programa de Erradicação do Trabalho (Fepeti/RO), representado por sua coordenadora Carmelita Domingues, objetivando informar a sociedade acerca da proibição do trabalho doméstico realizado por menores de 18 anos.

A conscientização da sociedade, nesses casos, é muito importante diante da impossibilidade de a fiscalização do trabalho adentrar em residências. Informada, a população passa a ser parceira dos órgãos de defesa dos direitos da criança e adolescente, a partir do momento que tem condições de denunciar, por estar ciente da ilegalidade da conduta.

Foram convocados para a audiência pública os presidentes dos sindicatos de empregados e empregadores em condomínios e hotéis, bem como representantes, síndicos e administradores de condomínios dos edifícios residenciais da cidade de Porto Velho, além de se abrir à participação do público em geral.

Na audiência pública, orientou-se e advertiu-se acerca das consequências administrativas e jurídicas em caso de ocorrência de trabalho infantil nos condomínios, dependências e residências.

Como os auditores fiscais não podem adentrar nos domicílios, o objetivo principal da audiência foi contar com a parceria dos síndicos, administradores de condomínios, representantes de sindicatos de hotéis e condomínios, e da população para agir como multiplicadores das advertências e orientações apresentadas na audiência.

Na ocasião, advertiu-se acerca da proibição do trabalho doméstico ao menor de 18 anos, tendo em vista o direito fundamental ao não trabalho, bem como o princípio da proteção integral, este já abordado no tópico 5.

O direito ao não trabalho está expresso no art. 7º, inciso XXXIII, que proíbe qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo como aprendiz a partir dos 14 anos, isto é, até os 16 anos completos, a criança e o adolescente, que são pessoas ainda em formação, têm o direito de não trabalhar. O objetivo disso é permitir que crianças e adolescentes, salvo o caso da aprendizagem, permitida a partir dos 14 anos, possam dedicar-se à educação, ao lazer, às atividades lúdicas, tendo um desenvolvimento sadio, livre de qualquer possível acidente que uma atividade laborativa possa acarretar. Assim, essa é uma fase para formação do ser humano, não só física mas também psicológica, cultural e moral. E, por essa razão, o direito ao não trabalho.

O direito ao não trabalho nos remete ao princípio da proteção integral, que estabelece, no art. 227 da Constituição Federal, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse modo, cabe à família proporcionar estrutura, segurança e condições para que a criança não seja inserida precocemente no mercado de

trabalho; ao Estado oferecer escolas de qualidade e promover políticas públicas que gerem emprego e renda para os adultos e pais, além da aprendizagem profissional, para adolescentes a partir dos 14 anos; e à sociedade exigir a efetivação desses direitos e não apenas se acomodar e aceitar que crianças e adolescentes realizem atividades laborativas como se adultos fossem, ou seja, como algo normal.

Informou-se, ainda, nessa audiência, sobre a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe acerca das piores formas de trabalho infantil e sua regulamentação pelo Brasil, por meio do Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, atendendo ao disposto na Convenção.

Abordou-se também o item 76, que lista o trabalho doméstico, proibido para menores de 18 anos, considerando-se como prováveis riscos ocupacionais para estes adolescentes esforços físicos intensos, isolamento, abuso físico, psicológico e sexual, longas jornadas, exposição ao fogo, entre outros.

Alertou-se, ademais, para o fato de que o Brasil – assim como os demais países signatários do documento *Trabalho decente nas Américas: uma agenda Hemisférica, 2006-2015*, apresentado na XVI Reunião Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorrida em 2006 – assumiu o cumprimento das metas de eliminar as piores formas de trabalho infantil até 2015 e de erradicar a totalidade do trabalho infantil até 2020.

Desse modo, apresentou-se o dever de toda a sociedade para com o cumprimento dessas metas e para com o respeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes que, com permissão do clichê, são, sim, o futuro do País.

Advertiu-se, ainda, para a necessidade de os representantes dos sindicatos e condomínios denunciarem o trabalho infantil doméstico, porventura existente nos estabelecimentos e edifícios de sua alçada administrativa, aos órgãos de defesa, sob pena de responsabilização solidária, conforme estabelece o art. 942, *caput*, do Código Civil, por concorrência para a prática do ato ilícito.

8 • Conclusão

Por tudo que foi exposto, observa-se que houve um grande avanço social com a correção da desigualdade de direitos entre empregados urbanos e rurais e os empregados domésticos. Não se justificava o desequilíbrio entre essas categorias de trabalhadores.

A Emenda Constitucional n. 72, de 2013, bem como a Lei Complementar n. 150, de 2015, que a regulamentou, vão ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição.

Atualmente, ainda é necessário que seja regulamentada a forma de fiscalização do cumprimento da legislação, haja vista, como já comentado, a impossibilidade de a fiscalização do trabalho adentrar em residências para tanto.

Importante também que o sindicato dos trabalhadores domésticos esteja atento ao cumprimento da lei a fim de que esses obreiros possam desfrutar desses direitos durante a vigência do contrato de trabalho e não apenas da respectiva indenização, ao ajuizarem a reclamação trabalhista, após o encerramento do vínculo empregatício.

Também se faz necessário que o sindicato informe os domésticos acerca de seus direitos, de modo que eles também sejam capazes de os exigir e de denunciar possíveis violações.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BOMFIM, Vólia. Os novos direitos da empregada doméstica. *Revista LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, v. 77, n. 4, abr. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

ESTADO DE MINAS. *Jornada das domésticas pode ser compensada, diz TST*. Abril, 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/04/16/internas_economia,372049/jornada-das-domesticas-pode-ser-compensada-diz-tst.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do trabalho doméstico*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Área de atuação: criança e adolescente*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/crianca-adolescente!/ut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPL-MnMz0vMAfljo8ziDdONTDyd_A283b0DzA0cAw19XT3dDY28Q8z1w_EqMDHVj6JEP1ABSL8BDuBoANQfhdcKF3MCCkBOJGRJQW5ohEGm-pylAmYbW8Q!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 24 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202019>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

TUPINAMBÁ, Carolina; BARBOSA, Andrea Carla. *Trabalho doméstico: o que empregado e empregadores precisam saber*. São Paulo: Ltr, 2007.

A discriminação em matéria de trabalho nas instituições de tendência e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Carlos Eduardo Almeida Martins de Andrade

Procurador do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Comparado como sistema normativo aberto de regras e princípios. 3 Discriminação nas relações de trabalho e as instituições de tendência. 4 Convenção Europeia de Direitos do Homem e a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 5 Casos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos sobre discriminação de pensamento, de consciência e de religião nas relações de trabalho envolvendo instituições de tendência. 5.1 Caso Schüth contra Alemanha. 5.2 Caso Obst contra Alemanha. 5.3 Caso Sindicato Păstorul cel Bun contra Romênia. 6 Considerações finais.

1 • Introdução

A liberdade de pensamento, de consciência e de religião, embora não seja um tema novo, uma vez que inspirou diversos movimentos sociais e políticos ao longo do tempo, é com certeza, diante das discussões apresentadas neste artigo, um dos temas mais atuais.

Para demonstrar essa atualidade, não obstante a sua existência de longa data, dois julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal ilustram a importância de debater e pensar a respeito dos limites e possibilidades da aplicação dos direitos fundamentais.

O primeiro julgado, a respeito da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, versa sobre os conceitos de união homoafetiva e unidade familiar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ¹.

¹ Esta ADPF foi julgada nos dias 4 e 5 de maio de 2011, relator ministro Ayres Britto,

O segundo caso, sobre a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, II, do Código Penal, trata da tipificação penal da conduta de interrupção da gravidez de feto com anencefalia, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF².

Em outras ordens jurídicas, a partir da pesquisa da jurisprudência dos tribunais, também há exemplos de julgados diretamente relacionados ao presente tema.

No caso Igreja e Escola Evangélica Luterana Hosanna-Tabor contra Comissão de Igualdade de Oportunidades no Emprego e outros, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a se manifestar sobre a liberdade de pensamento, de consciência e de religião em matéria trabalhista em determinada instituição religiosa³.

No contexto acima, de intensa discussão a respeito dos direitos fundamentais, está inserido o estudo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em casos relacionados à discriminação em matéria de trabalho nas instituições de tendência.

Cumprir notar que o estudo do Direito Comparado envolve também a análise dos artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo conteúdo está presente, com redação semelhante ou similar, na Convenção Americana de Direitos Humanos.

julgada nos dias 4 e 5 de maio de 2011, para conferir a devida interpretação do art. 1.723 do Código Civil, a respeito de entidade familiar e união homoafetiva.

2 A referida ADPF foi julgada nos dias 11 e 12 de abril de 2012, relator ministro Marco Aurélio, e foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, II, do Código Penal, que considerasse como conduta penalmente típica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

3 Para recente discussão a respeito da liberdade de pensamento, de consciência e de religião em matéria trabalhista nas instituições religiosas e de tendência nos Estados Unidos da América, ver o caso Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School *versus* Equal Employment Opportunity Commission e outros (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2012). Para aprofundamento da discussão da liberdade de pensamento, de consciência e de religião na sociedade americana, em especial considerando a importância da liberdade religiosa para a origem daquele país, ver nos seguintes artigos de: Ian C. Bartrum (2011) e Lauren P. Heller (2007).

Especificamente diante dessa parêmia normativa, é possível verificar a citação de julgados da Corte Interamericana em decisões da Corte Europeia e o inverso, o que demonstra a transversalidade das soluções encontradas e a possibilidade de intercâmbio de conhecimento⁴.

Considerando as possibilidades que o estudo do Direito Comparado oferece, especificamente a partir da análise de casos, o presente artigo analisa, de forma objetiva, os fatos e fundamentos jurídicos das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre discriminação em matéria de trabalho nas instituições de tendência.

2 • O Direito Comparado como sistema normativo aberto de regras e princípios

No estudo do Direito Comparado, em especial das decisões dos casos submetidos à apreciação, além da análise dos dispositivos jurídicos, é importante conhecer os aspectos relevantes do caso concreto, bem como os fundamentos jurídicos adotados nas decisões judiciais.

Em outros termos, o Direito Comparado não é um conjunto estático de artigos, parágrafos e incisos. Tampouco é um conjunto abstrato de conceitos sem qualquer correlação com a realidade.

Nesse ponto reside a importância do estudo das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito dos dispositivos da convenção, uma vez que o conceito de sistema normativo é muito mais amplo do que somente o conjunto de textos legais.

Na verdade, explorar as várias possibilidades de interpretação, integração e aplicação do sistema normativo, composto de regras e princípios, bem como as peculiaridades de cada um dos casos levados à apreciação,

4 Entre outras citações, a atribuição de responsabilidade ao Estado por condutas entre particulares e discriminação no contexto de violência doméstica contra mulheres: Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988), Opuz contra Turquia (1999). Para mais referências de decisões da Corte Interamericana, ver relatório elaborado pela Corte Europeia (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012).

leva a abordagens mais ricas em significado, profundas para debate e discussão, e amplas em contextualização.

Basta lembrar que, não obstante haja dispositivos semelhantes ou similares entre as Convenções Americana e Europeia, o que permite, a princípio, o intercâmbio de informações entre os julgamentos sobre a violação de seus dispositivos, a interpretação conferida poderá variar em um ou mais aspectos, considerando a diversidade de situações existentes. Da mesma forma para decisões da mesma corte. Casos aparentemente semelhantes em termos gerais, mas com particularidades próprias e específicas, poderão levar a decisões diferentes, como, por exemplo, considerando se houve ou não violação de determinado dispositivo sobre direitos fundamentais da convenção.

Nesse contexto, é interessante abordar, ainda de que forma preliminar e sintética, conceitos relacionados à compreensão do conceito Direito Comparado.

Embora não haja unanimidade na doutrina, ainda mais em se tratando de Ciências Sociais, a hermenêutica jurídica pode ser definida como “conjunto de princípios, teorias e métodos que busca informar o processo de compreensão e reprodução intelectual do Direito” (DELGADO, 2010, p. 209)⁵.

Em resumo, é possível definir o referido conceito como a ciência que versa sobre o processo de interpretação das normas jurídicas.

O objeto de estudo são os processos para determinar o sentido e alcance das normas jurídicas.

Correlatos à interpretação das normas jurídicas estão outros dois processos. A integração, definida como o preenchimento das lacunas do sistema jurídico, e a aplicação do direito, conceituada como adequação da norma abstrata ao caso concreto (DELGADO, 2010, p. 210).

Vê-se, portanto, que os três conceitos (interpretação, integração e aplicação do direito) estão inter-relacionados.

5 Fonte heterônoma, haja vista que os destinatários da sua aplicação não estão diretamente na sua produção.

O programa normativo (análise dos dados linguísticos) e o setor normativo (análise dos dados reais)⁶ são elementos fundamentais da norma, cuja articulação é necessária para o processo de concretização. A norma abstrata, potencialmente normativa, adquire normatividade atual e imediata, quando se decide um caso concreto⁷.

Além disso, o Direito Comparado, nos termos da redação do art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado da jurisprudência e da doutrina, é considerado como fonte supletiva de integração do Direito do Trabalho (CARRION, 2011, p. 84), com natureza jurídica de fonte heterônoma de caráter supletivo (DELGADO, 2010, p. 132).

Todavia, para além da função meramente supletiva, modernamente, o sistema jurídico é concebido como sistema normativo aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1157), considerando a capacidade de aprendizagem com as mudanças da realidade (abertura), a estrutura das expectativas por meio de normas (normatividade) e a revelação das normas sob a forma de regras ou princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1159).

O programa normativo e o setor normativo, elementos de interpretação também deste sistema normativo de regras e princípios, que é o Direito Comparado, não resultam da mera “mediação semântica dos enunciados linguísticos do texto” (CANOTILHO, 2003, p. 1218) nem dispensam a análise do universo material apontado pela norma⁸.

6 “O programa normativo é o resultado de um processo parcial de concretização (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. [...] Por sua vez, sector normativo é o resultado de um segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma). Desta forma a norma jurídico-constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um ‘campo’ de dados reais (factos jurídicos, factos materiais)” (CANOTILHO, 2003, p. 1216).

7 “Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)” (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

8 “O significado do texto aponta para um referente, para um universo material, cuja

Nesses termos, a importância do estudo do Direito Comparado⁹ à luz da sua efetiva concretização, em especial a partir da sua concretização judicial, por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, partindo-se de uma normatividade mediata, da norma geral e abstrata, para uma normatividade concreta, da norma da decisão (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

3 • Discriminação nas relações de trabalho e as instituições de tendência

A doutrina justralhista tem definido discriminação nas relações de trabalho como a negação, em virtude de critério injustamente desqualificante, de tratamento previsto para determinada situação jurídica concreta (DELGADO, 2010, p. 726).

A Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho¹⁰ também apresenta um conceito de discriminação para fins de sua aplicação¹¹:

Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende: Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo,

análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo) mas também a uma racionalidade material” (CANOTILHO, 2003, p. 1219).

9 A doutrina nacional, em análise do Direito à Igualdade e à Diferença nos Sistemas Regionais, destaca os seguintes motivos, dentre outros, para o estudo de casos: “Três são os critérios a justificar tal seleção de casos: a) traduzem novos desafios não contemplados pelos textos convencionais; b) acenam à construção de uma concepção da igualdade material e do reconhecimento de identidades; c) demandam criatividade e ousadia por parte das Cortes regionais, mediante recurso à interpretação evolutiva, culminando em decisões paradigmáticas, que se referem a situações originalmente não previstas pelos tratados.” (PIOVESAN, 2010, p. 66).

10 No sentido de que a Convenção também assegura a discriminação positiva ou ação afirmativa: “O Estado que ratificar a Convenção obriga-se a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação nos seguintes planos: acesso à formação profissional; admissão no emprego e nas diversas ocupações; condições de trabalho.” (ROMITA, 2009, p. 237). A respeito da posição do excelso Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade das políticas de ações afirmativas e reserva de vagas nas universidades, ver Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada nos dias 25 e 26.4.2012. Para aprofundamento a respeito de discriminação positiva ou ação afirmativa, ver Rocha (1996).

11 A respeito dos conceitos de estigma, estereótipo e preconceito, ver José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2002, p. 39-41).

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;

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, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

As instituições ideológicas ou de tendências são definidas como aquelas que apresentam um elemento ideológico, portanto não mercantil, para defesa de seus próprios postulados (DE VAL TENA, 1994, p. 179). Englobam, em uma acepção mais estrita, partidos políticos, sindicatos ou congregações de confissão religiosa (DE VAL TENA, 1994, p. 181).

Em outros termos, as organizações de tendência, diante da sua própria particularidade e especificidade, possuem uma clara e bem definida linha ideológica, filosófica ou religiosa (SIMÓN, 2000, p. 170).

Na doutrina nacional, distingue-se a organização religiosa, cuja atividade principal é a divulgação da fé religiosa por meio de cultos, da empresa de tendência, cuja referida atividade não é a liturgia religiosa, mas está relacionada à divulgação da fé.

A questão da natureza das atividades exercidas em instituições de tendência, em especial nas comunidades religiosas, apresenta duas posições. Uma que afasta o engajamento religioso como atividade profissional e outra que defende a existência de um contrato de trabalho (BARROS, 2009, p. 369)¹².

12 Com exposição da doutrina francesa e italiana sobre o tema, a autora afirma que as atividades religiosas podem ser do tipo espiritual, carismático ou secular, enumerando algumas tipicamente religiosas: realizar batizados, crismas e ordenações, receber confissão, dar comunhão, celebrar casamentos e dar a extrema unção, celebrar missa ou culto e pregar o evangelho. Ademais, colaciona julgados que não reconheceram o vínculo de emprego no caso de atividades eminentemente religiosas. Todavia, surgem dúvidas quando, além das atividades espirituais, são desenvolvidas tarefas seculares, como, por exemplo, trabalhos administrativos, aulas, tesouraria etc. A autora também apresenta julgados que ora reconhecem ou ora afastam a caracterização do vínculo empregatício, indicando tendência da jurisprudência pelo não reconhecimento da natureza profissional da atividade (trabalho). Como será visto nos casos julgados pela Corte Europeia

É importante ressaltar que o simples fato de pertencer a ou integrar uma organização de tendência não retira, por esse exclusivo motivo, os atributos inerentes da personalidade quanto à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (SIMÓN, 2000, p. 171).

Ressalte-se que a indispensabilidade da posição ideológica do empregado para o desenvolvimento e preservação da crença da organização e o grau ou intensidade da restrição¹³, por exemplo, são fatores levados em consideração no juízo de ponderação dos interesses em conflito (SIMÓN, 2000, p. 171), conforme se verá a partir das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

de Direitos Humanos, a natureza do vínculo existente entre a pessoa e a organização importa para fins de verificação do grau do dever de lealdade a que está submetido o indivíduo, embora não seja possível, *a priori*, com base na descrição das atividades desenvolvidas, dizer abstratamente que determinada função afasta ou não a proteção conferida ao trabalhador, uma vez que outros elementos ingressam no juízo de ponderação, além do fato de haver previsão no estatuto da organização ou a existência de votos ou juramentos quando do ingresso na sociedade de tendência, especialmente as religiosas. Não obstante isso, verifica-se nos julgados abaixo analisados, envolvendo indivíduos, que as cortes internas trabalhistas reconheceram a competência para apreciar a questão e ingressaram no mérito da causa, embora no julgamento sobre o direito de associação sindical a natureza eclesiástica da atividade desenvolvida tenha sido determinante para o afastamento do direito de registrar um sindicato.

13 A respeito do direito à ampla defesa em caso de exclusão de integrante de Sociedade Civil de Direito Privado, de cunho ideológico, o STF (RE 201819, relatora ministra Ellen Gracie, relator p/ acórdão, ministro Gilmar Mendes, julgamento em 11.10.2005, Segunda Turma, DJ 27 out. 2006) teve oportunidade de referir-se à questão das instituições religiosas e de tendência nos seguintes termos:

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão. O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista — religioso ou ideológico — e outras, de cunho comercial, *non expressive*. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita. Não somente nos Estados Unidos mas também em outras latitudes, é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro.

4 • Convenção Europeia de Direitos do Homem e a liberdade de pensamento, de consciência e de religião

A Convenção Europeia de Direitos do Homem, assinada em 4 de abril de 1950, entrou em vigor em 3 de setembro de 1953¹⁴.

Desde a versão original, consagra a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de reunião e associação, nos seguintes termos (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002):

Artigo 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 9º - Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Artigo 11º - Liberdade de reunião e de associação

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

14 A Convenção Europeia de 1953 inspirou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. No Brasil, foi promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, que dispõe sobre a liberdade de pensamento, de convicção e de religião nos arts. 18 e 19.

2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

É relevante notar que os artigos 8º, 9º, 11º (bem como o artigo 10º – liberdade de expressão) admitem a imposição de restrições para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais previstos na convenção.

Não obstante, as restrições devem estar “previstas em lei” e serem “necessárias, em uma sociedade democrática”, para os fins descritos nos artigos acima, como, por exemplo, “segurança pública”, “defesa da ordem”, “proteção da saúde ou da moral”, ou “proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

A primeira avaliação sobre o conceito de necessidade é incumbência das autoridades dos Estados. Todavia, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem a palavra definitiva sobre a adequação da legislação interna ou da decisão, mesmo da jurisdição interna, com as disposições da convenção¹⁵.

A análise dessa conformidade compreende o fim e a necessidade da legislação nacional ou da decisão tomada pelos tribunais internos, avaliando se as justificativas apresentadas para interferir no exercício do direito ou liberdade são pertinentes e suficientes, o que a Corte Europeia tem definido como necessidade social premente.

Em outros termos, não basta que a interferência seja útil e pouco invasiva em uma sociedade democrática. A necessidade dela e as razões apontadas devem ser pertinentes e convincentes.

15 Os indivíduos não possuem legitimação para submeter diretamente um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo o artigo 61 da Convenção Americana de Direito Humanos, diferentemente de Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, Piovesan (2010, p. 326-327).

Além disso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos possui disposição sobre a proibição da discriminação¹⁶, nos seguintes termos:

Artigo 14º - Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir da análise dos casos submetidos a julgamento, tem esclarecido o conceito de discriminação, diferenciando-o, por exemplo, de distinção ou diferença de tratamento, nos seguintes termos:

[...] uma diferença de tratamento é discriminatória se ela não tem justificativa objetiva ou razoável, ou seja, se não busca um objetivo legítimo ou se não há uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a ser realizado¹⁷.

Em 1º de abril de 2005, entrou em vigor o Protocolo n. 12 à Convenção Europeia, que prevê a proibição geral à discriminação¹⁸, nos seguintes termos (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002):

Artigo 1º - Interdição geral da discriminação

1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, de sexo, raça, cor,

16 “Ao enfocar o modo pelo qual os direitos à igualdade e à diferença são dispostos pelos sistemas regionais, constata-se que a Convenção Europeia de 1950, em seu artigo 14, consagra a cláusula da proibição da discriminação [...]. A cláusula da proibição da discriminação é também enunciada enfaticamente pela Convenção Americana de 1969, ao estabelecer o dever dos Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação alguma, por motivo de raça, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (artigo 1º).” (PIOVESAN, 2010, p. 63).

17 Tradução livre a partir do trecho do caso Abdulaziz, Cabales e Balkandali vs. o Reino Unido (1985) referido no Relatório de Explicação do Protocolo n. 12 (Council of Europe: European Court of Human Rights).

18 O referido protocolo foi adotado em 4 de novembro de 2000, em Roma, e após a 10ª ratificação, entrou em vigor no âmbito internacional.

língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação.

2. Ninguém pode ser objeto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo.

Enquanto o artigo 14º da convenção assegura proteção aos direitos e liberdades nela previstos, o artigo 1º do Protocolo n. 12 prevê a proibição da discriminação independentemente da previsão na convenção.

Além disso, da mesma forma que o artigo 14º da convenção, o protocolo determina aos signatários a adoção de medidas (obrigações positivas) para evitar a discriminação na relação entre particulares, denominada de efeitos horizontais indiretos (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002).

Ainda que cada sistema regional de proteção dos direitos humanos tenha aparato jurídico específico, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Europeia, anteriores à Convenção Americana de Direitos Humanos, exerceram nítida influência na redação dos seus artigos¹⁹, inclusive quanto à estrutura dos órgãos de proteção.

Na versão original, a convenção previa a Comissão Europeia e um Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Todavia, com o Protocolo n. 2, em 1º de novembro de 1998, houve profunda alteração do sistema, com a Criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, França, a partir da fusão da Comissão e do Tribunal²⁰⁻²¹.

19 Disposições semelhantes estão previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, arts. 12 e 13.

20 “O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Como o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior justicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente.” (PIOVESAN, 2010, p. 307-308).

21 “Logo, os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.” (PIOVESAN, 2010, p. 62).

A legitimidade ativa mais ampla perante a Corte Europeia de Direitos Humanos – qualquer pessoa singular ou organização não governamental pode peticionar diretamente²²–, diferentemente do que ocorre na Corte Interamericana²³, explica a pluralidade de casos²⁴ submetidos àquela sobre o respeito à vida privada e familiar e sobre a liberdade de pensamento, de consciência e de religião nas relações de trabalho envolvendo instituições de tendência²⁵.

5 • Casos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos sobre discriminação de pensamento, de consciência e de religião nas relações de trabalho envolvendo instituições de tendência

A partir de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos²⁶, disponíveis no seu portal eletrônico²⁷ na Internet, foram selecionadas aquelas

22 Artigo 34º- Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

23 Artigo 61 - 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

24 O estudo de casos, em especial da Corte Europeia de Direitos Humanos, não é novidade na doutrina nacional: “[...] no sistema europeu há uma expressiva jurisprudência acerca de casos envolvendo discriminação fundada em orientação sexual, o mesmo não ocorre no sistema interamericano” (PIOVESAN, 2010, p. 66).

25 Conforme visto, em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana apreciou o caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentença de 5.2.2001).

26 A título de comparação, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a violação aos artigos 12 e 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos restou apreciada no caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentença de 5.2.2001), a respeito da censura prévia à exibição cinematográfica de filme de mesmo título (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

27 As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos estão em inglês e/ou francês, idiomas oficiais daquele tribunal, não obstante haja indicação de portais eletrônicos em que há traduções não oficiais para outras línguas.

relacionadas à liberdade de pensamento, de consciência e de religião em relação a trabalhadores de instituições de tendência²⁸.

É importante destacar que a violação dos artigos 8º, 9º, 11º e 14º da convenção poderá estar relacionada, de forma direta ou indireta, explícita ou implicitamente, a uma variedade maior de casos, e respectivas decisões, do que os selecionados no presente artigo.

28 Em Informe à Imprensa divulgado em dezembro de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos apresentou uma lista exemplificativa de casos julgados sobre direitos relacionados ao trabalho. Os casos e assuntos abordados em cada um deles foram os seguintes: *Kosiek vs. Alemanha* (1986); *Leander vs. Suécia* (1987); *Halford vs. Reino Unido* (1997); *Thlimmenos vs. Grécia* (2000); *Alexandridis vs. Grécia* (2008); *Lombardi Vallauri vs. Itália* (2009), sobre acesso ao trabalho; *Larissis and Others vs. Grécia* (1998); *Dahlab vs. Suíça* (2001); *Obst vs. Alemanha*; *Schüth vs. Alemanha* (2010); *Siebenhaar vs. Alemanha* (2011); *Eweida e outros vs. Reino Unido* (2013); *Fernandez Martinez vs. Espanha* (2012, ainda depende), sobre despedida e liberdade de pensamento, de consciência e de religião; *Lustig-Prean e Beckett vs. Reino Unido*; *Smith e Grady vs. Reino Unido* (1999); *Perkins e R. vs. Reino Unido*; *Beck, Copp e Bazeley vs. Reino Unido* (2002), despedida por motivo de orientação sexual; *Sidabras e Džiautas vs. Lituânia* (2004), despedida por prévia ocupação como agente da KGB; *Cudak vs. Lituânia* (2010); *Sabeh El Leil vs. França* (2011); *Wallishauser vs. Áustria* (2012), sobre despedida de empregados de embaixada; *Redfern vs. Reino Unido* (2012), despedida por motivo de pertencer a um partido político; *I.B. vs. Grécia* (2013), despedida ligada ao estado de saúde; *N.K.M. vs. Hungria* (2013), sobre indenização pela despedida; *Schuitemaker vs. Holanda* (2010), percepção de benefícios condicionada à obrigação de aceitar um emprego; *Koufaki and ADEDY vs. Grécia* (2013); *Da Conceição Mateus e Santos Januário vs. Portugal* (2013), sobre medidas de austeridade e redução da remuneração, benefícios, bônus e pensão de empregados públicos; *C. vs. França* (1998); *Azinas vs. Chipre* (2004); *Stummer vs. Áustria* (2011); *E.B. (número 2) vs. Hungria* (2013); *Cichopek e 1,627 outros requerentes vs. Polônia* (2013), sobre pensões; *Copland vs. Reino Unido* (2007); *Benediktsdóttir vs. Islândia* (2009); *Köpke vs. Alemanha* (2010); *Özpinar vs. Turquia* (2010); *Gillberg vs. Suécia* (2012); *D.M.T. e D.K.I. vs. Bulgária* (2012); *Michaud vs. França* (2012), sobre respeito à vida privada no ambiente de trabalho; *García Mateos vs. Espanha* (2013), sobre conciliação entre a vida privada e profissional; *Guja vs. Moldávia* (2008); *Bucur e Toma vs. Romênia* (2013), sobre liberdade de expressão no ambiente de trabalho; *Lallement vs. França* (2002), sobre expropriação e privação dos meios de subsistência; *Mangouras vs. Espanha* (2010); *Vilnes and Others vs. Noruega* (2012), sobre segurança no trabalho; *Eternit vs. França* (2012), doença ocupacional. É interessante notar a diversidade de interesses em conflitos submetidos à apreciação da corte: dispensa discriminatória das forças em razão de orientação sexual (entre outros, *Smith e Grady vs. Reino Unido*, 1999), dispensa por ter sido anteriormente agente da KGB (*Sidabras e Džiautas vs. Lituânia*, 2004), dispensa discriminatória de pessoas com o vírus HIV (*I.B. vs. Grécia*, 2013), entre outros tantos julgamentos.

A seleção buscou, principalmente, casos que superaram o juízo de admissibilidade²⁹ e nos quais o tema central da discussão fosse o conflito entre o interesse individual relacionado à liberdade de pensamento, de consciência e de religião do empregado, e o interesse relacionado aos objetivos, atividades e convicções das instituições de tendência.

Assim, embora não seja uma relação exaustiva, a análise a posição da Corte Europeia em diversas situações levadas a julgamento, em especial nas decisões apresentadas a seguir, permite acompanhar os fatos expostos nos relatórios das decisões, os fundamentos jurídicos propostos para cada situação particular, as soluções jurídicas encontradas para a solução do conflito de interesses e a modificação ou manutenção da tendência do entendimento da Corte Europeia ao longo do tempo.

5.1 • Caso Schüth contra Alemanha

Em 23 de setembro de 2010, foram julgados dois casos perante a Corte Europeia em que, apesar da aparente igualdade dos fatos narrados, houve soluções diferentes (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2015).

Em Schüth *versus* Alemanha (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010), o senhor Bernhard Josef Schüth defendia a existência de violação do artigo 8º da Convenção Europeia.

O dispositivo em questão trata do respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência e os põe a salvo de qualquer ingerência do Estado, salvo a prevista em lei e que, em uma sociedade democrática, assegure a segurança pública, o bem-estar econômico, a defesa da ordem e prevenção de infrações penais, a proteção da saúde ou da moral ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

29 O caso Dahlab *vs.* Suíça, sobre a proibição do uso do turbante por uma professora primária dentro da sala de aula, não foi admitido pela Corte, por deficiência da fundamentação. Todavia, houve interessante manifestação no sentido de que a proibição não foi desproporcional, porque, como representante do Estado, era responsável por crianças de 4 a 8 anos, idade em que estão mais suscetíveis de serem influenciadas.

Segundo o relatório do caso, desde novembro de 1983, o requerente exerceu a função de pianista e regente de uma paróquia católica e, a partir de janeiro de 1985, exercia a função de músico-chefe no decanato daquela comunidade religiosa³⁰.

O contrato de trabalho determinava a aplicação do Regulamento Básico do trabalho e da remuneração eclesiástica, que estabelecia que o modo de vida do empregado, e das pessoas que com ele viviam, devia estar de acordo com os princípios fundamentais religiosos e morais da Igreja Católica. Além disso, o empregado prestou juramento no sentido de cumprir as obrigações profissionais e respeitar e observar as prescrições eclesiásticas³¹.

A partir de 1994, o requerente separou-se da sua esposa, mãe de seus dois filhos, e passou a viver com outra companheira, sua advogada perante os tribunais trabalhistas e a Corte Europeia.

Em julho de 1997, após seus filhos terem dito no jardim de infância da comunidade religiosa que o requente seria novamente pai, ele foi despedido, com efeitos a partir de abril de 1998, sob a alegação de violação do dever de lealdade – considerando que o matrimônio é indissolúvel, ao estabelecer uma relação extraconjugal, praticou adultério e bigamia.

Inconformado, o trabalhador ajuizou ação perante a Corte Trabalhista de Essen, Alemanha.

A Corte, fazendo referência ao precedente do Tribunal Federal Constitucional de 4 de junho de 1985³², entendeu que a conduta do requerente não justificava a sua demissão.

30 Os fatos constam do relatório do julgamento do caso perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em inglês, e são apresentados de forma sintética e objetiva, nos pontos relevantes para o seu entendimento e compreensão da decisão final.

31 Parágrafo 38 do caso (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010).

32 Trata-se de três julgados referidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos como BvR n. 1.703/83, 1.718/83 e 856/84. Considerando que o referido precedente foi mencionado em outros dois casos, é relevante ver como a Corte Europeia apresentou seus termos principais. São *leading cases* sobre a validade da dispensa de empregados da Igreja por violação do dever de lealdade: de um lado, a dispensa de um médico de um hospital católico por ter expressado a sua opinião sobre o aborto; de outro, a dispensa de um funcionário administrativo de um abrigo para menores mantido por uma Ordem Católica diante

Segundo a decisão, o requerente não estava obrigado a dever tão elevado de lealdade pelos seguintes motivos: não exercia função pastoral ou de catequese, não estava investido de missão canônica e exercia apenas uma função administrativa.

Além disso, de acordo com o Regulamento Básico da Igreja Católica, o empregador deveria ter chamado o empregado para uma reunião de esclarecimento antes de medidas mais severas, como a demissão, diante da duração do contrato de trabalho de quatorze anos e da dificuldade de o trabalhador encontrar trabalho fora da Igreja.

Em grau de recurso, após o retorno do processo para análise da realização da reunião de esclarecimento, a decisão de primeiro grau foi reformada, para considerar que houve violação do dever de lealdade, previsto nos termos do Regulamento Básico³³.

A decisão mencionou que, ainda que o empregado não pertencesse aos postos com elevado dever de lealdade, previstos no parágrafo 3 do artigo 5 do Regulamento Básico, havia risco para a credibilidade quanto à

da sua saída da Igreja Católica. Tendo os empregados obtido êxito perante os tribunais trabalhistas, as Igrejas levaram o caso para o Tribunal Constitucional. Segundo ele, a autonomia das sociedades religiosas, aplicável também às entidades a elas associadas, autoriza a possibilidade de determinar o conteúdo dos contratos de trabalho, inclusive com exigência de respeitar os princípios gerais da doutrina moral e deveres fundamentais de seus membros, no interesse da própria credibilidade da crença professada. Todavia, isso não significa que a relação empregatícia assuma o caráter religioso, que subordine o trabalhador em todos os aspectos da sua vida privada. Além disso, a autonomia interna é restringida pelas disposições contra a dispensa arbitrária. Em essência, é necessário um juízo de ponderação entre a proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária e a autonomia para assegurar deveres de lealdade com a crença defendida.

33 “Artigo 4 - Dever de lealdade: Os empregados católicos devem respeitar e estar de acordo com os princípios fundamentais das prescrições religiosas e morais católicas. O exemplo da vida pessoal de acordo com esses princípios é visto como importante especialmente para empregados que exercem funções pastorais, catequizadoras e educacionais, ou possuem um mandato canônico (*missio canonica*). Esses deveres também se aplicam para os altos funcionários administrativos. Os empregados devem se abster de qualquer atitude hostil em face da Igreja. Eles não devem prejudicar, pelo estilo de vida pessoal ou conduta profissional, a credibilidade da Igreja e das instituições para as quais eles trabalham” (tradução livre a partir da versão original em inglês). Em relação à quebra do dever de lealdade, a disposição está no artigo seguinte do Regulamento Básico. Parágrafo 38 do caso (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010).

obrigatoriedade das prescrições morais e religiosas, porque sua atividade estava intimamente ligada com a missão de proclamação da Igreja.

Os recursos do trabalhador para a Corte Federal do Trabalho e para o Tribunal Federal Constitucional foram inadmitidos.

Levada a questão para a Corte Europeia de Direitos Humanos, ela afirmou que o conceito de vida privada é amplo e, a despeito de não haver um rol taxativo, inclui elementos como gênero, nome, orientação sexual e vida sexual.

As obrigações negativas (abstenção) e positivas (efetiva proteção) do Estado, em relação ao artigo 8º da convenção, passariam por um juízo de ponderação entre os interesses em jogo, com determinada margem e liberdade de apreciação pelo Estado.

No entendimento da Corte Europeia, essa margem seria mais ampla no caso de inexistência de consenso entre os Estados, tanto em relação à importância dos interesses em jogo quanto em relação aos melhores meios de proteção, bem como nos casos em que o Estado faz a ponderação entre o interesse privado e o público ou entre direitos igualmente previstos na convenção.

Nesse sentido, interessante notar que a Corte Europeia foi chamada para decidir se as cortes nacionais, na ponderação entre o artigo 8º da Convenção Europeia, de um lado, e os artigos 9º e 10º, de outro, conferiram proteção adequada ao requerente.

A Corte fez remissão ao fato de que as comunidades religiosas são, tradicionalmente e de forma universal, estruturas organizadas sob a forma de associações e, portanto, o artigo 9º deve ser interpretado à luz do artigo 11º da convenção.

Assim, a proteção da autonomia dessas associações é fundamental para o pluralismo inerente a uma sociedade democrática.

Em relação à atuação da jurisdição interna, a Corte destacou que, embora a decisão recorrida tenha afirmado que as atividades de pianista e regente

não estavam incluídas no Regulamento Básico, esta se restringiu a afirmar que elas estavam intimamente ligadas à missão de proclamação da crença da Igreja, com risco à credibilidade do culto e à ideologia professada.

Assim, não houve referência à necessidade de proteção à vida privada e familiar do trabalhador prejudicado pela despedida, mas tão somente menção em favor do trabalhador, da necessidade de manutenção do posto de trabalho.

Em outros termos, as razões apresentadas não foram suficientes e convincentes, pelo requerente, para fazer o necessário equilíbrio no conflito entre o interesse privado e o coletivo.

É interessante notar que, em princípio, limitações contratuais, como o dever de lealdade para com a Igreja Católica, são admissíveis perante da Convenção Europeia, segundo a Corte.

Todavia, segundo destacou a decisão, o trabalhador não pode ser compelido a uma vida solitária e de completa abstinência em caso de separação ou divórcio.

Nesse sentido, se os tribunais internos concluíram que o empregado não estava submetido a tão elevado dever de lealdade diante das funções que realizava, não poderiam permitir uma limitação que afetasse de forma tão intensa a sua vida privada.

É importante frisar que o julgamento da Corte fez referência a disposições sobre igualdade de tratamento, previstas na Diretiva n. 78/2000³⁴, da Comunidade Europeia, e na legislação interna da Alemanha.

Destacou que a Comissão Europeia já havia informado à Alemanha que a transposição da referida diretiva comunitária para a legislação interna, em relação à dispensa não abrangida pela lei antidiscriminação, deu-se em termos diferentes do documento de origem, com prejuízos e limitações para a igualdade de tratamento e não discriminação.

34 Diretiva n. 78/2000, preâmbulo (24) e artigo 4 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Enquanto a diretiva autoriza tratamento diferenciado quando a religião constituir uma exigência profissional legítima, genuína e justificada diante da ética (vocação) da instituição³⁵, a lei interna da Alemanha, segundo a Corte, permite o tratamento diferenciado quando a religião ou a crença constituir uma exigência profissional justificável diante do direito à autonomia da sociedade ou associação religiosa e da percepção desta própria sociedade ou associação, sem importar a natureza das atividades.

Ainda segundo a Comissão Europeia³⁶, com a redação do artigo da legislação interna nos termos acima, as entidades religiosas poderiam definir as exigências discriminatórias simplesmente com fundamento no seu direito à autonomia, sem qualquer juízo de razoabilidade ou proporcionalidade.

Além disso, o longo período do contrato de trabalho, quatorze anos, a dificuldade em conseguir novo emprego, diante das funções específicas do empregado ligadas à atividade musical lírica e a posição predominante da Igreja e suas entidades (creches e hospitais) na comunidade, não foram levados em consideração pelas decisões internas.

Em resumo, a Corte Europeia concluiu que a Alemanha não assegurou ao requerente a devida proteção contra a violação do artigo 8º da convenção no conflito entre o interesse do empregador de manter a sua credibilidade e o respeito à vida privada e familiar do trabalhador³⁷.

É interessante notar no julgado que, não obstante os regulamentos das entidades de tendência possam veicular obrigações de lealdade e deveres de respeito com a doutrina professada, houve conclusão no sentido de que o grau de restrição à vida privada e a relação das atividades exercidas com a preservação da ideologia são elementos que devem ser ponderados em favor do direito individual do requerente.

35 Item 26 da diretiva (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2000).

36 Parágrafos 42 e seguintes da decisão (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010).

37 Para maior aprofundamento dos referidos dois casos, inclusive discutindo os critérios da Corte Europeia para concluir de forma diferente em *Obst versus Alemanha*, ver: Council of Europe: European Court of Human Rights (2011).

Além disso, fatores como a duração do contrato de trabalho e as dificuldades inerentes à perda de cargo com alta especialidade também influíram no julgamento em favor do trabalhador.

5.2 • Caso Obst contra Alemanha

O outro caso julgado na mesma data do caso anterior, e com o contexto dos fatos semelhante, é *Obst versus Alemanha*³⁸.

Em resumo, o autor, Michael Heinz Obst, diretor de relações públicas da Igreja Mórmon para a Europa, também alegava que as cortes nacionais violaram ao artigo 8º da convenção, quando mantiveram a despedida pelo fato de o requerente ter supostamente confessado ao seu pastor que tinha uma relação extraconjugal.

Inicialmente, a Corte Europeia destacou novamente os pontos principais do caso *Schüth contra Alemanha*, sobre a margem e liberdade de apreciação, em caso de ausência de consenso entre os Estados integrantes do Conselho Europeu; a respeito da importância relativa dos interesses em choque; e ainda quanto aos melhores meios de realizar o juízo de ponderação.

A Corte também esclareceu que, segundo as decisões nacionais, a informação sobre o comportamento do requerente foi passada por ele para os seus superiores, fora do contexto confessional.

Além disso, as decisões dos tribunais do país requerido ponderaram o interesse da Igreja na preservação da credibilidade dos seus valores, a natureza da posição ocupada pelo trabalhador, a previsão existente na redação do contrato de trabalho³⁹, a possibilidade de aplicação de

38 Íntegra do julgamento, em francês, está disponível em Council of Europe: European Court of Human Rights (2010).

39 O parágrafo do contrato de trabalho de 1986 previa o seguinte (tradução livre do francês):

Comportamento no local de trabalho e no exterior

O empregado tem conhecimento dos princípios essenciais da Igreja. Ele deve se abster de comunicações ou de comportamentos aptos a comprometer a reputação da Igreja ou colocar em cheque seus princípios. Ele se compromete, em particular, a observar os

punição menos grave, a idade do requerente, o tempo de serviço prestado para a Igreja Mórmon e o conhecimento do empregado a respeito da gravidade da conduta aos olhos do empregador e da própria comunidade, considerando que a relação extraconjugal não era meramente passageira, mas duradoura.

Restou destacado que não é qualquer adultério que levaria à despedida do empregado, mas que as circunstâncias do presente caso deveriam ser analisadas.

Ademais, as decisões nacionais concluíram que as obrigações de lealdade, diante do alto cargo ocupado, eram aceitáveis para a preservação do empregador, cuja ética está fundada em sua religião e suas convicções.

A Corte Europeia, diferentemente do caso anterior, concluiu que o autor não foi submetido a obrigações inaceitáveis e, portanto, não houve violação do artigo 8º da Convenção Europeia.

Entre os fundamentos da decisão, destacam-se a importância da fidelidade conjugal para os valores e credos da Igreja Mórmon, o que não poderia ter sido desconsiderado pelo empregado, e a exposição e credibilidade do próprio cargo de diretor do departamento de relações públicas da Igreja Mórmon para a Europa (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2011).

elevados princípios morais.

Ele se compromete a não fumar, não beber bebidas alcólicas ou café, ou consumir drogas nas dependências da Igreja e próximos a elas, assim como nas viagens de negócio ou eventos.

Em caso de falta grave, o empregador pode realizar uma despedida sem aviso-prévio.

As obrigações relacionadas ao comportamento profissional aplicam-se a três categorias de empregados:

- a) Os cargos superiores (em particular de dirigentes);
- b) Os empregados que, no exercício de suas funções, entrarem em contato com pessoas de fora da Igreja [...];
- c) Os empregados que dão aula de religião no departamento de educação;

Os empregados dessas categorias devem ser membros da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. Se eles perdem a qualidade de membro por qualquer razão, ou violam de forma consistente os princípios da Igreja, deve ocorrer a despedida sem aviso-prévio nos casos mais graves.

Especialmente nesse último aspecto, quanto à elevada representatividade do cargo para a figura do empregador perante a sociedade, a Corte Europeia destacou a diferença do presente caso daquele outro julgado no mesmo dia, com conclusões diferentes.

5.3 • Caso Sindicato Păstorul cel Bun contra Romênia

No presente caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisa a liberdade de reunião e associação (direito coletivo do trabalho) envolvendo empregados de instituições de tendência.

O requerente, Sindicato Păstorul cel Bun, alegava que as cortes internas da Romênia⁴⁰ falharam em assegurar a liberdade de reunião e associação prevista no artigo 11º da Convenção Europeia.

Em resumo, o pedido de registro do sindicato de padres ortodoxos e empregados leigos foi recusado sob os seguintes argumentos: o estatuto da Igreja Ortodoxa proíbe padres de formar associações, fundações ou organizações, com o objetivo de assegurar os direitos e liberdades de crença do empregador; a própria Igreja Ortodoxa concede ou nega permissão para o estabelecimento, operação ou dissolução de associações eclesiásticas; os padres não podem representar os interesses da paróquia sem o consentimento prévio do bispo; os padres exerciam função de gerência nas assembleias e conselhos, e a lei interna impede tais pessoas de formar um sindicato.

No julgamento pela Turma, a Corte Europeia concluiu pela violação do artigo 11º da convenção.

Inicialmente, frisou que os padres e os empregados leigos, porque celebraram contratos de trabalho, recebiam remuneração e estavam cobertos pela previdência social, não poderiam ser excluídos da proteção do artigo 11º da convenção.

40 Íntegra do julgamento, francês ou inglês, está disponível em Council of Europe: European Court of Human Rights (2013).

Destacou a importância da Recomendação n. 198 e da Convenção n. 87, ambas da Organização Internacional do Trabalho, quanto à liberdade de associação para os trabalhadores e empregados, sem qualquer distinção, bem como da Diretiva n. 78/2000/EC, a qual declara que a existência de elevado dever de lealdade não impede a liberdade de associação, especialmente no tocante à formação de sindicatos.

Afirmou que a posição dos requerentes não era incompatível com uma sociedade democrática. Ademais, as cortes internas não demonstraram a necessidade de proteção da tradição ortodoxa.

Além disso, destacou que não foram considerados pontos como a existência de um contrato de trabalho, a distinção entre membros do clero e empregados leigos, a compatibilidade das regras eclesásticas de proibição da associação sindical com as normas internas e internacionais que asseguram o direito de sindicalização.

Por fim, citou exemplos de fundação de outros sindicatos de empregados do clero e leigos da Igreja Ortodoxa que foram admitidos pelos tribunais internos da Romênia.

Em julho de 2012, a questão sobre a aplicação do artigo 11º da convenção, para membros do clero, foi levada para o Pleno (Grande Câmara) da Corte Europeia.

Nesse julgamento, por maioria de 11 votos a 6, a Corte entendeu que não houve violação do artigo 11º da convenção. Analisando os requisitos do parágrafo 2º do artigo 11º da convenção, concluiu que a restrição para a criação do sindicato estava prescrita em lei, porque presente no Estatuto da Igreja Ortodoxa.

Entendeu, ainda, que a restrição buscava um objetivo legítimo, consistente na proteção dos direitos da Igreja Ortodoxa.

Além disso, quanto à necessidade da medida em uma sociedade democrática, o Pleno afirmou que a exigência de permissão da Igreja Ortodoxa para a fundação do sindicato decorre diretamente do princípio da autonomia das comunidades religiosas.

Em outros termos, na visão da Corte, os órgãos consultivos e deliberativos da Igreja seriam substituídos ou trabalhariam com outra entidade, o sindicato, não vinculada às tradições e conceitos religiosos, em prejuízo à autonomia das entidades religiosas.

A Corte também afirmou que, diante da falta de consenso entre os países do Conselho da Europa, os Estados gozam de maior margem e liberdade de apreciação para reconhecer ou não sindicatos de membros do clero dentro das comunidades religiosas e com objetivos que possam prejudicar a autonomia de tais comunidades.

Em conclusão, o Pleno da Corte Europeia assentou que a recusa no registro do sindicato, diante da ampla margem de apreciação do Estado, não violou o artigo 11º da convenção.

Considerando a divergência no julgamento, é interessante apontar as principais referências do voto dissidente (COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2011).

Embora aceite a conclusão sobre a prescrição em lei e a busca de objetivos legítimos, a dissidência não concordou que a decisão de recusa do registro tenha sido necessária e proporcional para a preservação da autonomia contra a interferência interna e externa.

Nesse sentido, os objetivos do sindicato, de defesa dos direitos e interesses profissionais, econômicos, sociais e culturais dos associados não colidem com a missão do empregador de tendência.

Além disso, a aceitação do registro e reconhecimento da existência jurídica de outros sindicatos de empregados leigos e do clero na Romênia reforçava o argumento da ausência de necessidade e de proporcionalidade da medida adotada pelo Estado.

Por fim, embora o voto dissidente também reconheça a inexistência de consenso entre os países europeus, destacou que nenhum exclui os membros do clero do direito de sindicalização, e em alguns tal direito é expressamente assegurado.

6 • Considerações finais

As recentes decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos demonstram a importância e a atualidade do debate sobre os limites da liberdade de pensamento, de consciência e de religião no âmbito das relações de trabalho envolvendo instituições de tendência.

O enfoque eminentemente pragmático conferido ao processo de interpretação, integração e aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a partir do estudo de casos, permite uma compreensão mais abrangente do Direito Comparado.

A descrição dos casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos permite vislumbrar o processo de concretização da norma convencional referente à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, partindo do conteúdo dos dispositivos, passando pela seleção dos dados reais e chegando à decisão de cada caso⁴¹.

Tal análise permite ir além do mero conteúdo semântico das normas, em direção da norma de decisão (solução normativa)⁴², para alcançar a verdadeira normatividade da norma jurídica⁴³.

As restrições à liberdade de pensamento, de convicção e de religião em uma relação de trabalho são analisadas pela Corte Europeia com fundamento na necessidade e adequação da medida tomada, na legitimidade do objetivo buscado, na razoabilidade e proporcionalidade entre os meios e fins, considerando ainda se as razões apresentadas são suficientes e pertinentes.

41 “[...] modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação linguisticamente formulada (ou capturada através de dados linguísticos); (b) um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo) [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

42 CANOTILHO, 2003, p. 1221.

43 “Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, conclui-se que cabe ao agente do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade” (CANOTILHO, 2003, p. 1221-1222).

A compreensão das restrições da liberdade de pensamento, de consciência e de religião vai além da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Permite debater novamente os limites e possibilidades da proteção desses direitos, inclusive no direito pátrio, considerando a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARTRUM, Ian C. Religion and race: The ministerial exception reexamined. *Scholarly Works*, Paper 681, 2011. Disponível em: <<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/681>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/78/CE*. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pt:HTML>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo"*. Olmedo Bustos y otros vs. Chile. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014.

COUNCIL OF EUROPE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Affaire Obst c. Allemagne*. 2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100463>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*. Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e3266232.html>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. *Case of Schuth vs. Germany*. 23.09.2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100469>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. *Case of Sindicatul "Pastorul Cel Bun" vs. Romania*. 2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122763#%22itemid%22:%22001-122763%22>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. *Cases before the European Court of Human Rights concerning freedom of religion*. Maio, 2015. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Freedom_religion_ENG.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

_____. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 2002. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

_____. *Protocol n. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

_____. *References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court of Human Rights*. 2012. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014.

DE VAL TENA, Angel Luis. Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo. *Revista de relaciones laborales*, n. 2, p. 177-198, 1994. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=229694>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

HELLER, Lauren P. *Modifying the ministerial exception: providing ministers with a remedy for employment discrimination under title vii while maintaining first amendment protections of religious freedom*. 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol81/iss3/7/>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 87*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_87.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. *Recomendação n. 198*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/relativa-%C3%A0-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de direito público*, n. 15, p. 85-99, 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.* Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-553.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

Instrumentos extrajudiciais e judiciais de tutela coletiva na prevenção e repressão ao assédio moral coletivo. A atuação do Ministério Público do Trabalho

Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues

Procurador do Trabalho. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

Sumário: 1 Introdução: conceito de assédio moral coletivo. Hipóteses de manifestação do fenômeno no universo laboral. 2 Instrumentos de tutela coletiva em caso de assédio moral coletivo. 2.1 No âmbito administrativo. 2.2 No âmbito judicial. 3 Concreções da tutela jurisdicional em caso de assédio moral coletivo. 3.1 Tutela preventiva – tutela inibitória. 3.2 Tutela ressarcitória – condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo trabalhista. 3.2.1 Dano moral coletivo trabalhista – conceito, fundamentos e reconhecimento jurisprudencial. 3.2.2 O *quantum* indenizatório do dano moral coletivo trabalhista. 4 Conclusão.

1 • Introdução: conceito de assédio moral coletivo. Hipóteses de manifestação do fenômeno no universo laboral

Sendo a pessoalidade um dos elementos constitutivos da relação de emprego e, por via de consequência, do contrato de trabalho (arts. 2º e 3º c/c 442, *caput*, da CLT), mostra-se fundamental a constante análise da temática relativa à dignidade da pessoa humana que trabalha (art. 1º, III, CF).

Amauri Mascaro Nascimento, em recente estudo, propõe a análise do plano axiológico do contrato de trabalho, em que este negócio jurídico é encarado como “instrumento que se perfaz segundo um conjunto de valores da pessoa humana” (NASCIMENTO, 2011, p. 391-411).

E, dentro desta ótica, deve ser observado o fenômeno da desconsideração moral no trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 406-409), questão que abrange o assédio moral e o dano moral, tanto em sua dimensão individual quanto na coletiva, esta última objeto do presente estudo.

Marie-France Hirigoyen define o assédio moral no trabalho como

[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (Apud NASCIMENTO, 2011, p. 406).

Observa-se, portanto, que a reiteração do comportamento abusivo do empregador, ou o seu caráter sistêmico, o conjunto de atos assediantes, são as notas distintivas e características do assédio moral.

Em muitos casos, a conduta assediante direciona-se a determinada pessoa (assédio moral individual), mediante ofensas reiteradas à sua honra, imagem, intimidade e integridade psíquica, com o escopo final de conduzi-la ao pedido de demissão.

O fenômeno do assédio moral individual é notoriamente reconhecido pela jurisprudência, consoante demonstra o seguinte exemplo de recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

2. DANO MORAL. PRÁTICA DE SITUAÇÕES VEXATÓRIAS E HUMILHANTES COMO PRESSÃO PARA CUMPRIMENTO DE METAS. [...] A adoção de métodos, técnicas e práticas de fixação de desempenho e de realização de cobranças tem de se compatibilizar com os princípios e regras constitucionais prevaletentes, sob pena de causar dano, que se torna reparável na forma prevista pela ordem jurídica (art. 5º, V e X, CF/88; art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Ademais, a adoção de métodos, técnicas e práticas de motivação de pessoal que fustigam as fronteiras conferidas por princípios e regras constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade implicam a incidência da obrigação de reparar as lesões perpetradas. É fundamental que o poder empregatício se atualize e se renove, adotando critérios e técnicas motivacionais e de críticas compatíveis com a modernidade jurídica

instaurada pela Constituição de 1988. Na hipótese, conforme consignado pelo Regional, a prova testemunhal comprovou a forma vexatória e discriminatória na cobrança pelo atingimento de metas. Diante desse quadro fático desvelado pelo Regional, verifica-se que a Reclamada, em total abuso de seu poder diretivo, colocou o Reclamante em evidente situação humilhante, o que resultou na agressão ao seu direito de personalidade, conferindo-lhe o direito à indenização por danos morais. O dano e o sofrimento psicológico vivenciados pelo Reclamante, nas circunstâncias relatadas, é evidente, cuidando-se de verdadeiro dano decorrente do próprio fato (*in re ipsa*), sendo dispensável, no presente caso, a comprovação de sua extensão. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 59140-04.2006.5.04.0006, rel. min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT de 18 maio 2012).

Na maioria dos casos relatados pela doutrina e jurisprudência, a rescisão contratual por iniciativa do trabalhador assediado se efetiva após uma completa deterioração das condições do seu ambiente de trabalho, em muitos casos com o desenvolvimento de doenças profissionais, físicas e mentais, decorrentes do ambiente hostil de trabalho.

Todavia, o fenômeno do assédio moral também pode se apresentar como inerente a determinada estrutura ou organização empresarial. Nesse caso, a conduta assediante do empregador não se direciona exclusivamente a determinado trabalhador previamente identificado e sim faz parte de uma estratégia de gestão empresarial que atingirá um grupo de trabalhadores específico (assédio moral individual homogêneo), trabalhadores indeterminados (considerando o universo de empregados de determinada empresa, e aí estamos diante do assédio moral coletivo em sentido estrito) ou mesmo trabalhadores e terceiros indetermináveis (considerando todas aquelas pessoas que poderão ingressar nos quadros de certa empresa bem como os reflexos da conduta assediante no seio da sociedade, caracterizando-se o assédio moral difuso).

Nessas situações, estaremos diante do fenômeno que a doutrina convencionou denominar de assédio moral organizacional, assédio moral estrutural, assédio moral institucional ou assédio moral coletivo.

Adriane Reis de Araújo propõe como conceito de assédio moral organizacional:

[...] a prática sistemática, reiterada e frequente de variadas condutas abusivas, sutis ou explícitas contra uma ou mais vítimas, dentro do ambiente de trabalho, que, por meio do constrangimento e humilhação, visa controlar a subjetividade dos trabalhadores. O controle da subjetividade abrange desde a anuência a regras implícitas ou explícitas da organização, como o cumprimento de metas, tempo de uso do banheiro, método de trabalho, até a ocultação de medidas ilícitas, como sonegação de direitos (registro em Carteira de Trabalho, horas extras, estabilidade no emprego) ou o uso da corrupção e poluição pela empresa. Essa prática resulta na ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores, podendo inclusive resultar em danos morais, físicos e psíquicos. (ARAÚJO, 2007, p. 213-214).

Tal conceituação ressalta o *controle da subjetividade* intentado pelo assediador, gerador de danos à integridade física e psíquica dos trabalhadores assediados.

Nota-se assim que a proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores (art. 6º e art. 7º, XXII e XXVIII, CF) bem como a preservação e promoção de um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado (art. 200, VIII c/c art. 225, *caput*, CF) compreendem tanto aspectos físicos quanto mentais, consoante destacado pelo Enunciado n. 39 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro de 2007:

39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah, em dissertação de mestrado específica sobre o tema, define como assédio moral coletivo

[...] aquele em que o empregador, utilizando-se abusivamente do seu direito subjetivo de organizar, regulamentar, fiscalizar a produção e punir os empregados, utiliza-se desses direitos de forma reiterada e sistemática, como política gerencial, pelo atentado aos direitos humanos fundamentais dos empregados em todas as suas dimensões. O poder

diretivo do empregador é, assim utilizado, a mola-mestra que impulsiona a produção, com base no sacrifício e no desrespeito aos direitos de seus empregados. Por ser prática reiterada, dirigida ao ambiente de trabalho e atentar contra direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, constitui assédio moral coletivo. (MUÇOUÇA, 2009, p. 202).

Dessa última definição, extraímos que a conduta assediante constitui abuso dos direitos conferidos legitimamente pela ordem jurídica ao empregador na direção da atividade empresarial e, por via de consequência, da prestação pessoal do serviço, nos termos do art. 2º da CLT.

O assédio moral, em sua manifestação individual ou coletiva, constitui, portanto, ato ilícito a ser combatido e devidamente sancionado pela ordem jurídica, consoante a dicção do art. 187 do Código Civil¹.

Em sua manifestação coletiva *lato sensu*, o assédio moral poderá se apresentar em cada uma das espécies de interesses e de direitos definidas nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 do CDC, consoante exemplos aventados por Muçouça, na obra citada.

Assim, uma hipótese de assédio moral individual homogêneo consistiria na prática patronal assediante direcionada a determinado grupo de trabalhadores prestes a se aposentar e que se torna alvo de investidas do empregador com o objetivo de que haja pedidos de demissão de iniciativa desses empregados assediados (MUÇOUÇA, 2009, p. 204-205).

Por seu turno, exemplos de assédio moral coletivo em sentido estrito seriam tanto o fenômeno da terceirização – lícita ou ilícita –, em virtude de sua consequente fragmentação da categoria profissional dentro do mesmo ambiente de trabalho, quanto situações de desnível salarial entre empregados executores de funções idênticas, na medida em que nas duas hipóteses descritas há a ofensa a direitos fundamentais de um conjunto de trabalhadores ligados ao empregador por uma relação jurídica base, determinada pela prestação pessoal de serviços oferecida a este último (MUÇOUÇA, 2009, p. 205-207).

¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Finalmente, hipótese de assédio moral difuso seria a denominada *gestão empresarial por stress ou por injúria*, em que a conduta assediante patronal, a par de ofender a integridade física e psíquica do conjunto de seus empregados, ofende em última medida o meio ambiente de trabalho, direito de natureza difusa, cujas lesões podem ser sentidas no seio da comunidade amplamente considerada, em virtude das repercussões de tais ofensas nas relações extralaborais dos empregados, ou seja, familiares, de amizade, de lazer etc. (MUÇOUÇA, 2009, p. 208-209).

2 • Instrumentos de tutela coletiva em caso de assédio moral coletivo

2.1 • No âmbito administrativo

Antes mesmo de eventual judicialização da lide, o fenômeno do assédio moral coletivo poderá ser enfrentado por meio dos instrumentos colocados à disposição do Ministério Público do Trabalho no âmbito administrativo investigatório.

Na condução do procedimento de inquérito civil, função institucional do *Parquet* nos termos do art. 129, III, da CF, o MPT dispõe de “amplos poderes e liberdade de investigação, mediante a adoção de medidas e providências elencadas pela lei” (MEDEIROS NETO, 2012, p. 569), dentre as quais se destacam aquelas enunciadas no art. 8º da LC n. 75/1993, bem como os importantes instrumentos das notificações e requisições, dotados de assento constitucional (art. 129, VI, CF) e de rigorosas sanções em caso de descumprimento (art. 8º, § 3º, da LC n. 75/1993, e art. 10 da Lei n. 7.347/1985 – Lei da ACP).

Imprescindível destacar também que “a natureza, as características e as possibilidades dos procedimentos oficiais de investigação facultados ao Membro do Ministério Público” conduzem à conclusão de que “a prova colhida em razão de tal atividade goza da qualificada presunção de veracidade e legitimidade” (MEDEIROS NETO, 2012, p. 570), atributo essencial do ato administrativo.

Oportuno destacar a regra contida no art. 405 do novo Código de Processo Civil, acerca da força probante dos documentos públicos, *in verbis*: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

Tal presunção processual – *juris tantum*, nos termos do art. 427 do novo CPC –, de veracidade e legitimidade, aplicável ao inquérito civil conduzido pelo membro do MPT, milita a favor dos elementos probatórios colhidos no bojo da investigação conduzida pelo *Parquet*, o que traduz mais uma importante vantagem do tratamento coletivo do fenômeno do assédio moral, uma vez que, no contexto de um processo atomizado, muitas vezes não é possível a demonstração a contento da conduta assediante do empregador.

Ainda no âmbito administrativo do inquérito civil, constatada a conduta ilícita assediante, o membro do MPT poderá expedir recomendação no sentido do afastamento de tal prática, “fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”, nos termos do art. 6º, XX, da LC n. 75/1993.

Finalmente, o membro do MPT poderá propor ao empregador assediante a celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) de modo a adequar o ambiente do trabalho aos parâmetros constitucionais e legais de respeito à dignidade e à integridade física e psíquica de seus empregados, com a fixação de multas cominatórias (*astreintes*) em caso de descumprimento das obrigações firmadas. Ademais, há a possibilidade de estipulação de indenização reparatória por dano moral coletivo trabalhista.

Quanto ao conteúdo do TAC, podem ser citadas obrigações de fazer e não fazer relativas à cessação das práticas assediantes, à alteração das políticas organizacionais de metas e de produtividade (de modo a garantir a fixação de patamares factíveis para os resultados do labor), à implementação de programas de educação nos locais de trabalho, à instalação de ouvidoria interna no âmbito da empresa (com o escopo de prevenir e afastar práticas assediantes), entre outras.

Esse importante instrumento administrativo de prevenção e reparação de danos trabalhistas e de promoção de melhores condições de trabalho

vem previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 – Lei da ACP, dispositivo que confere a tal ajuste a natureza de título executivo extrajudicial que, em matéria trabalhista, é executado perante a Justiça do Trabalho, nos termos do art. 876, *caput*, da CLT.

2.2 • No âmbito judicial

Manifestado o assédio em sua dimensão coletiva, a tutela jurisdicional a ser oferecida aos lesados, potencial ou efetivamente, pela conduta assediadora, inserir-se-á no microsistema processual de tutela coletiva.

Nesse sentido, enquadrado o assédio moral em sua dimensão coletiva, o tratamento processual preventivo e repressivo requerido deslocar-se-á das ações atomizadas, ou seja, das ações trabalhistas individuais, e passará a ser objeto das ações moleculares, quais sejam, as ações civis públicas (Lei n. 7.347/1985) e as ações coletivas (arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990), manejadas pelos legitimados elencados no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e no art. 82 do CDC, com consequências muito favoráveis no enfrentamento de tais condutas ilícitas.

Como destaca Enoque Ribeiro dos Santos:

[...] enquanto as ações atomizadas (reclamatórias trabalhistas) buscam geralmente verbas trabalhistas não honradas no curso do contrato de trabalho ou no ato da dispensa do empregado, e em algumas situações reparações por danos morais, as ações moleculares, especialmente as ações civis públicas têm por objeto obrigações de fazer ou não fazer relacionadas a valores e direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e mesmo da sociedade (direito à vida, à saúde, à dignidade, ao meio ambiente, à segurança, entre outros). (SANTOS, 2011, p. 19).

Ressalte-se que tais ações civis públicas e ações civis coletivas ainda apresentam como vantagem, na busca da efetividade do combate ao assédio moral coletivo, a possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) pelo juiz, independentemente de requerimento do autor, para o caso de descumprimento de prestação determinada ao réu em decisão antecipatória de tutela ou na própria sentença, consoante os permissivos do art. 11 da Lei n. 7.347/1985 e do art. 84, § 3º, do CDC.

Frise-se ter-se pacificado na jurisprudência o reconhecimento da legitimidade ativa do *Parquet* laboral para a busca de tutela judicial preventiva, repressiva e reparatória em matéria de assédio moral coletivo, consoante demonstra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ART. 129, III, DA CF. Consoante o disposto no art. 129, III, da CF, são funções institucionais do Ministério Público, promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Na hipótese vertente, por meio da presente ação civil pública, o Ministério Público do Trabalho pretende coibir condutas que tipifiquem assédio moral. Como se observa, a pretensão do *parquet* se refere à defesa do patrimônio público, porquanto, além de pretender tutelar a saúde psicológica dos trabalhadores, em face da prática do assédio moral promovida pela reclamada a empregados de dois setores dentro da empresa, o ambiente de trabalho, como um todo, poderá ser afetado, deixando de ser um local de trabalho adequado e equilibrado. Dessa forma, tendo em vista a preservação dos direitos difusos da coletividade, ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais homogêneos, hipótese dos autos, sendo legítimo, portanto, para ajuizar a presente ação civil pública. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 362000-18.2008.5.12.0003. Data de julgamento: 16.3.2011, relatora ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, data de publicação: *DEJT* de 18 mar. 2011).

De outra banda, há a possibilidade de destinação do montante pecuniário oriundo de eventual condenação a fundos de reparação e promoção de interesses e direitos coletivos, cujos recursos são “destinados à reconstituição dos bens lesados” (art. 13 da Lei n. 7.347/1985), ou mesmo diretamente a entidades reconhecidamente idôneas, cujos fins sociais destinam-se à preservação e promoção de direitos sociais fundamentais.

Em relação à prova do assédio moral coletivo, aplica-se na hipótese a mesma *ratio* que inspira o dano moral coletivo, ou seja, não é necessária a demonstração concreta do dano e do prejuízo, uma vez que sua demonstração decorre da própria conduta ilícita que atinge direitos fundamentais dos trabalhadores diretamente envolvidos e da coletividade amplamente considerada.

Desse modo, o assédio moral coletivo demonstra-se *in re ipsa*, ou seja, “a lesão [...] faz-se perceptível e se verifica em decorrência da conduta ilícita presente, que viola de maneira intolerável interesses de natureza transindividual” (MEDEIROS NETO, 2012, p. 584).

No que tange aos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, o tratamento processual do assédio moral coletivo também oferece soluções diferenciadas e benéficas no cotejo com o tratamento processual individualizado do fenômeno.

Desse modo, a coisa julgada resultante de lides coletivas envolvendo o assédio moral enquadrar-se-á nos parâmetros de eficácia definidos pelo art. 103, incisos I, II e III, do CDC (*erga omnes secundum eventum probationis*, no caso de interesses e direitos difusos; *ultra partes secundum eventum probationis*, em se tratando de interesses e direitos coletivos e *erga omnes secundum eventum litis*, na hipótese de interesses e direitos individuais homogêneos)².

Decorre daí que a eficácia da coisa julgada na tutela de interesses e direitos transindividuais poder-se-á estender até mesmo por todo o território nacional, o que se mostra muito adequado na tutela coletiva do assédio moral, uma vez que a conduta assediante patronal decorrente da gestão por *stress* ou por injúria, inserida na própria estratégia empresarial do empregador, produz efeitos danosos não necessariamente localizados ou territorialmente delimitados.

Nesse diapasão, veja-se o recente julgado proferido pela Subseção I, Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange aos efeitos de ação civil pública proposta pelo MPT,

2 “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

na qual se postulou o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer relativas ao meio ambiente de trabalho e à jornada de trabalho:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PERANTE A VARA DO TRABALHO DE JUIZ DE FORA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ALCANCE NACIONAL. COISA JULGADA. EFEITOS. INCONGRUÊNCIA DA LIMITAÇÃO DA COISA JULGADA À COMPETÊNCIA TERRITORIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI N.º 7.347/85. 1. Consoante entendimento consagrado pelo Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho por ocasião do julgamento do Processo n.º TST-RR-65600-21.2005.5.01.0072, divulgado no *DEJT* de 22.6.2012, “a competência representa a parcela da jurisdição atribuída ao órgão julgador. Divide-se de acordo com três critérios: material, territorial e funcional. O critério territorial relaciona-se à extensão geográfica dentro da qual ao magistrado é possibilitado o exercício de sua função jurisdicional, e não se confunde com a abrangência subjetiva da coisa julgada, que depende dos sujeitos envolvidos no litígio (art. 472 do CPC). Em se tratando de demanda coletiva, que visa à defesa de direitos difusos, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, e que titularizam direitos transindividuais indivisíveis (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), os efeitos da coisa julgada serão *erga omnes* (art. 103, I, do mencionado diploma legal), sob pena de não se conferir a tutela adequada à situação trazida a exame do Poder Judiciário, em patente afronta à finalidade do sistema legal instituído pelas Leis n.ºs 7.347/85 e 8.078/90, qual seja a defesa molecular de interesses que suplantem a esfera juridicamente protegida de determinado indivíduo, por importarem, também, ao corpo social. Nessa senda, o art. 16 da Lei n.º 7.347/85 (com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.494/97), ao limitar os efeitos da decisão proferida em ação civil pública à competência territorial do órgão prolator da sentença, confunde o mencionado instituto com os efeitos subjetivos da coisa julgada, por condicioná-los a contornos que não lhes dizem respeito”. Impõe-se, portanto, mitigar a aplicação do referido dispositivo legal, dando-se consequências aos efeitos consagrados no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. 2. Tal entendimento tem plena aplicabilidade à hipótese dos autos, em que se tutela direitos individuais homogêneos, relacionados com o cumprimento, pelo Banco demandado, de obrigações de fazer e de não fazer derivadas da legislação que define normas de conteúdo mínimo de proteção ao trabalho – como, por exemplo, implementar de forma efetiva o programa de controle médico de saúde ocupacional; consignar em registro mecânico os horários de entrada, saída e intervalos efetivamente praticados por empregados; conceder aos empregados o descanso mínimo entre jornadas

de onze horas consecutivas; pagamento das horas extras efetivamente laboradas; abster-se de prorrogar a jornada de trabalho dos empregados além do limite legal –, por força do disposto no artigo 103, III, do CDC. 3. Nesse contexto, considerando a necessidade de se preservar a própria essência do instituto, a própria finalidade que distingue as ações coletivas das ações individuais; considerando a relevância do objeto da presente ação, que alcança todos os empregados do reclamado, e não apenas aqueles que se ativam no âmbito da jurisdição da Vara para a qual foi distribuída a presente ação civil pública; e considerando, principalmente, a aplicabilidade subsidiária do critério previsto no inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o efeito *erga omnes* das sentenças judiciais proferidas em sede de ações ajuizadas na defesa de interesses individuais homogêneos, torna-se imperioso o provimento do presente recurso, a fim de estender a todo o Território Nacional os efeitos da sentença proferida na presente ação civil pública. 4. Recurso de embargos conhecido e provido. [...].

(TST, SDI-1, Processo: E-ED-RR - 32500-65.2006.5.03.0143, rel. min. Lelio Bentes Corrêa, publicação: 19.12.2014).

Diante dos fundamentos expostos, observa-se que o fenômeno do assédio moral coletivo pode e deve receber o tratamento processual disciplinado pelo microsistema processual de tutela coletiva, o que gera resultados benéficos no sentido da efetividade de sua prevenção e repressão, afastando-se assim ofensa à integridade física e psíquica dos trabalhadores, a qual, em última medida, viola sua dignidade humana.

3 • Concreções da tutela jurisdicional em caso de assédio moral coletivo

3.1 • Tutela preventiva – tutela inibitória

Na análise da tutela jurisdicional oferecida a direitos materiais fundamentais concernentes à dignidade, à personalidade, à liberdade, à saúde, à segurança dos trabalhadores, ao meio ambiente de trabalho, entre outros, mostra-se imprescindível ao intérprete partir da premissa do *direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional* (MARINONI, 2004).

Se a Constituição expressamente garante a inviolabilidade desse conjunto de direitos, é necessário que se ofereça aos seus titulares a efeti-

va oportunidade de, além de reparar, evitar a possibilidade de lesão a tais direitos fundamentais e invioláveis, conferindo-se concretude ao mandamento constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV, CF)³.

Na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional, as tutelas preventivas desempenham função primordial, na medida em que, voltando-se ao ilícito, efetivamente podem evitar a concretização do dano ou sua reiteração.

No tratamento jurisdicional do assédio moral coletivo, a denominada tutela inibitória representa solução adequada e efetiva tanto para evitar a conduta ilícita assediante quanto para estancar sua continuação.

Luiz Guilherme Marinoni conceitua a tutela inibitória como a “ação de conhecimento’ de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”, cuja “importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito” (2004).

O manejo da tutela inibitória coletiva encontra suporte legal no art. 84 do CDC, que traz técnicas processuais adequadas para a proteção do direito material, destacando-se a possibilidade de concessão de antecipação de tutela (art. 84, § 3º, CDC) e de aplicação de multas cominatórias, as denominadas “astreintes” (art. 84, § 4º, CDC).

Verifica-se que pedidos de concessão de tutela inibitória em âmbito coletivo trabalhista já recebem acolhida jurisprudencial, como demonstra, a título exemplificativo, o recente julgado prolatado no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região, em matéria de liberdade sindical:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABSTENÇÃO DA INSTITUIÇÃO E/OU DELIBERAÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS, CONFEDERATIVAS E OUTRAS CORRELATAS,

3 Trata-se do “Princípio do Acesso Individual e Coletivo à Justiça ou Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Ubiquidade ou Indeclinabilidade da Jurisdição”, que se direciona tanto ao legislador quanto aos intérpretes das normas processuais, consoante lição de Bezerra Leite (2010, p. 61-63).

DE TRABALHADORES NÃO ASSOCIADOS AO ENTE SINDICAL REPRESENTANTE DA SUA CATEGORIA PROFISSIONAL. TEMÁTICA PACIFICADA. PRECEDENTE NORMATIVO Nº 119 E ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 17 DA SDC DO COLENDO TST. TUTELA INIBITÓRIA CONCEDIDA. [...]

Tutela inibitória concedida, antecipadamente, para assegurar que não se perpetue flagrante admoestação lesiva aos trabalhadores, diante da injustificada resistência ao cumprimento dos cristalinos preceitos da Lei Maior. (Processo TRT/SP Nº 000061027.2011.5.02.0381, recurso ordinário em ação civil pública, 2ª Turma, desembargadora relatora: Mariangela de Campos Argento Muraro, data de publicação: 17.4.2012).

Também, na proteção do meio do ambiente do trabalho, a tutela inibitória mostra-se instrumento apto a conferir efetividade à tutela jurisdicional, conforme consignado no seguinte julgado proferido pelo Tribunal Regional da 10ª Região:

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. PRINCÍPIOS DA PROBABILIDADE, PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO. IRREGULARIDADES AFETAS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER. DANO MORAL COLETIVO. [...] Assinale-se que ao se deparar com a proteção de direitos fundamentais e da dignidade humana deve-se ter em mente a ineficácia das medidas reparatórias, pois, em casos que tais, já não será mais possível a reparação plena das lesões perpetradas no campo individual e no seio da sociedade. Ressai, assim, enfatizar-se a imposição de medidas preventivas, relevando-se, em tal contexto, a importância da tutela inibitória como mecanismo eficaz para impedir a lesão ao direito material ou, ao menos, minorar seus efeitos. Especificamente sobre a tutela inibitória na preservação do meio ambiente, hão de ser destacados os princípios da precaução e o da prevenção. [...] 2. Recurso ordinário conhecido e provido em parte. (TRT 10ª R, 2ª T., Processo RO 01373-2010-021-10-00-4, rel. des. Brasilino Santos Ramos, *DEJT* de 1º jun. 2012).

Na observação do fenômeno do assédio moral coletivo, que consiste em uma conduta ilícita reiterada, sistematizada, conclui-se que a tutela inibitória será adequada tanto em sua modalidade direcionada a inibir a prática da ilicitude quanto nas outras duas modalidades, cujo objetivo é impedir a repetição ou a continuação do ilícito.

Exemplo da primeira hipótese, de tutela inibitória da prática do ilícito, pode ser vislumbrado no caso em que determinado empregador tome

medidas preparatórias para implantação de um modelo de *gestão por stress ou por injúria*, que objetive conduzir ao pedido de demissão determinado contingente de empregados.

Exemplo da segunda situação pode ser verificado em determinado contexto de existência de conduta assediante coletiva já instaurada, em que se postula o impedimento da repetição ou da continuação das práticas ilícitas.

Nos casos relatados, os legitimados para a propositura da ação civil pública ou da ação civil coletiva poderão postular a concessão de tutela inibitória, antecipatória e final, consistentes em um fazer ou um não fazer, que efetivamente inibam o empregador de iniciar uma conduta ilícita assediante em âmbito coletivo ou afastem a possibilidade de repetição ou continuação desta ilicitude.

Ademais, na seara da prevenção e repressão ao assédio moral coletivo, deve ser destacada a possibilidade de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 84, *caput* e § 5º, do CDC c/c arts. 536 e 537 do novo CPC), que poderá ser em caráter liminar na decisão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito (art. 297 do novo CPC), técnica processual imprescindível para o resultado útil do processo coletivo.

Como exemplo de tal prestação jurisdicional, cite-se o caso de determinação judicial à Empregadora do afastamento de determinado preposto que tenha conduta assediadora, com a cominação de multa diária em caso de descumprimento⁴.

Ademais, poderá haver imposição judicial de obrigações de fazer e não fazer relativas à cessação das práticas assediantes, à alteração das políticas organizacionais de metas e de produtividade (de modo a garantir a fixação de patamares factíveis para os resultados do labor), à implementação de programas de educação nos locais de trabalho, à instalação de

4 A hipótese citada ocorreu em decisão liminar proferida no âmbito 2ª Vara do Trabalho de Sorocaba, da lavra da juíza do Trabalho Deborah Beatriz Ortolan Inocêncio Nagy no bojo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho no Município de Sorocaba-SP (Processo n. 0002804-94.2013.5.15.0016). Mais informações, disponíveis em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=13121>. Acesso em: 10 mar. 2014.

ouvidoria interna no âmbito da empresa (com o escopo de prevenir e afastar práticas assediadas), entre outras.

Diante dos fundamentos expostos, conclui-se que a tutela preventiva inibitória e a tutela específica (de cunho repressivo) são instrumentos processuais indispensáveis para a inibição e o afastamento de condutas ilícitas de assédio moral coletivo, concretizando assim o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

3.2 • Tutela ressarcitória – condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo trabalhista

3.2.1 Dano moral coletivo trabalhista – conceito, fundamentos e reconhecimento jurisprudencial

Questão que necessariamente deve ser enfrentada no estudo da tutela jurisdicional em matéria de assédio moral coletivo diz respeito à chamada tutela ressarcitória⁵, ou seja, aquela a ser oferecida aos lesados ou mesmo à sociedade naqueles casos em que a tutela preventiva – inibitória – já não se mostra suficiente, em virtude da concretização do dano.

Em se tratando de dano decorrente do assédio moral coletivo, tal questão reveste-se de singular complexidade na medida em que, além de estarmos diante de danos a direitos fundamentais concernentes à personalidade dos trabalhadores e, portanto, imateriais, a lesão não ocorre em âmbito unicamente individual, atingindo uma coletividade de pessoas (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o que conduz ao estudo do dano moral coletivo.

Analisando as consequências jurídicas da conduta assediante em âmbito coletivo, Muçouçah considera o “dano moral coletivo, que é patrocinado pelo abuso do poder diretivo do empregador manifestado dentro do ambiente do trabalho, a figura jurídica única pela qual o assédio moral coletivo pode e deve ser ressarcido”, uma vez que “o dano moral

⁵ Frise-se, por oportuno, a possibilidade de fixação de obrigações reparatórias também nos Termos de Ajuste de Conduta celebrados perante o MPT.

coletivo (e difuso), além de tutelar os danos causados à coletividade, é a consequência direta do evento assediante promovido coletiva e difusamente” (MUÇOUÇA, 2009, p. 214).

Em estudo monográfico sobre a matéria, Xisto Tiago de Medeiros Neto conceitua o dano moral coletivo como

[...] a lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade. (Apud SANTOS, 2011, p. 16).

Por seu turno, Marcelo Sampaio Freire Costa, igualmente estudioso do dano moral coletivo na seara laboral, conceitua referido fenômeno como

[...] a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos laborais extrapatrimoniais relevantemente coletivos, abrangendo as modalidades de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desapareço pela ordem jurídica. (COSTA, 2012, p. 189).

No ordenamento jurídico brasileiro podem-se identificar fundamentos constitucionais para o reconhecimento do dano moral coletivo nos incisos V e X do art. 5º da CF, que expressamente preveem a indenização por dano moral. Tais preceitos situam-se no capítulo constitucional que enuncia os direitos e deveres individuais e *coletivos*⁶.

No campo infraconstitucional, cite-se o art. 6º, inciso VI, do CDC, que define como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de *danos patrimoniais e morais*, individuais, *coletivos e difusos* [destacamos]”, e também o art. 1º, *caput* e inciso IV, da Lei n. 7.347/1985 – Lei da ACP, que disciplina “as ações de responsabilidade por *danos morais e patrimoniais* causados [...] a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” (destacamos).

6 Capítulo I do Título II do texto constitucional, relativo aos direitos e garantias fundamentais.

No âmbito jurisprudencial verificamos que as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça oferecem exemplos elucidativos da polêmica acerca do reconhecimento do dano moral coletivo.

Assim, pode-se notar um posicionamento refratário à possibilidade da existência de dano moral em sua dimensão coletiva, como denota o seguinte julgado, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO (RECURSO ESPECIAL Nº 598.281 - MG [2003/0178629-9], 1ª Turma, relator para o Acórdão: ministro Teori Albino Zavascki, DJ 1º de jun. 2006).

Nota-se no referido julgamento o enfoque psicológico do dano moral, que conduziria à possibilidade de lesão tão somente a uma pessoa individualmente, afastando-se assim o reconhecimento de lesão moral transindividual⁷.

Por outro lado, o mesmo STJ tem-se posicionado favoravelmente à existência do dano moral coletivo em diversas hipóteses concretas de lesões a direitos e interesses coletivos *lato sensu*, como demonstra o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIO-

⁷ Com todas as vênias e o natural respeito a tal posicionamento, consideramos que a vinculação eminentemente psicológica para a admissão da existência do dano moral apresenta-se em contradição com o entendimento pacificado pela Súmula n. 227 do STJ, de 8.9.1999, que admite a existência de dano moral sofrido por pessoa jurídica.

NAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.[...]

VI - Recurso especial improvido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.221.756 - RJ [2010/0197076-6], 3ª Turma, relator: ministro Massami Uyeda, DJ 10 fev. 2012).

Observa-se que este último posicionamento é consentâneo com a conceituação doutrinária do dano moral coletivo, no sentido de se reconhecer lesões injustas e intoleráveis que ofendem gravemente bens e valores fundamentais da sociedade. Além disso, adequa-se aos fundamentos constitucionais (art. 5º, V e X, da CF) e legais (art. 6º, VI, do CDC e art. 1º, *caput* e IV, da Lei da ACP) que oferecem suporte jurídico para a reparação do dano moral coletivo, não deixando sem sanção tal conduta ilícita, cujos reflexos danosos espraiam-se no seio da coletividade⁸.

No âmbito da jurisprudência trabalhista, verificamos o reconhecimento do dano moral coletivo⁹, caracterizado nas hipóteses de graves ofensas

8 Nesse sentido cite-se o trecho do voto da ministra relatora Eliana Calmon, no qual se consigna que “as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula n. 227/STJ)” (STJ, 2ª T, REsp N. 1.057.274 - RS {2008/0104498-1}, DJe de 26 fev. 2010).

9 Ressalte-se, por oportuno, que parte da jurisprudência trabalhista, em iniciativas ainda pioneiras, já mostra acolhida à possibilidade jurídica de condenações *ex-officio* ao pagamento de indenizações por dano moral coletivo, dano social e *dumping social*. Embora, por sua extensão e originalidade, este tema escape aos escopos do presente tra-

balho, registre o caso de sentença trabalhista proferida no âmbito da Vara do Trabalho de Gurupi, da lavra do juiz do Trabalho Alcir Kenupp Cunha nos autos do processo Processo n. 647-36-2012-5-10-0821, no qual o Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho no Município de Gurupi-TO oficiou na condição de fiscal da lei, em que foi acolhida tal tese:

“[...]”

3 – INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL/DANO MORAL COLETIVO

O Ministério Público do Trabalho, por meio da manifestação de fls. 279/284, requereu, ‘no interesse da sociedade e da ordem jurídica trabalhista’, a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por dano social/dano moral coletivo, em montante a ser arbitrado pelo Juízo, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT ou a outra destinação fixada pelo Juízo.

Os fatos apurados na presente ação demonstraram que há um comportamento institucional da Reclamada que tem por finalidade impedir o exercício do direito fundamental ao trabalho para pessoas com deficiência.

Tal atitude se caracteriza como agressão aos direitos trabalhistas, não só da Reclamante, mas de toda a sociedade.

O julgamento no Tribunal Superior do Trabalho, já citado, demonstra que a discriminação da Reclamada com pessoas deficientes é institucionalizada e generalizada, *verbis*: [...]

A prática discriminatória deve ser reprimida, em especial quando institucionalizada, exigindo a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la, nos próprios autos. O dano à sociedade configura-se ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. O art. 404, § único, do Código Civil ampara a imposição de indenização suplementar, a ser revertida em prol da comunidade diretamente afetada pelo comportamento danoso. Nestes termos, com fundamento no disposto no parágrafo único do art. 404 do Código Civil e:

Considerando que foi constatado, por meio de perícia, o desrespeito às normas de segurança e higiene do trabalho de caráter geral, bem como as normas específicas de acessibilidade para pessoas com deficiência, em duas agências do Reclamado, em Gurupi-TO e Marianópolis-TO, afetando os empregados da Reclamada e impedindo o acesso de pessoas com deficiência ao trabalho;

Considerando que referida perícia constatou a prática de tratamento desumano e degradante para com a autora, pessoa com deficiência, atingindo, com essa prática, toda a sociedade, uma vez que desrespeitados direitos fundamentais aplicáveis a todas as pessoas; Considerando a capacidade de pagamento da Reclamada que, nos últimos 10 anos, destinou mais de R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) para patrocínio de entidades esportivas (Fonte: <www.correios.com.br/sobreCorreios/salaImprensa/perfilDosCorreios.cfm>); além de destinar recursos também para atividades culturais (Fonte: <www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/acoes_culturais/esp_cult_rj/patrocínio/conteudo/default.cfm>);

Considerando a condição do reclamado e o caráter pedagógico que deve ter a indenização; Condene a Reclamada:

à ordem jurídica que geram reflexos na coletividade de trabalhadores e na sociedade em sentido amplo.

Nessa direção, verifica-se o conceito oferecido pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

[...] o dano moral coletivo caracteriza-se quando a conduta antijurídica perpetrada contra trabalhadores extrapola o interesse jurídico individualmente considerado e atinge interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade¹⁰.

Entre as hipóteses concretas ensejadoras de condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, extraídas da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, podem-se citar o descumprimento de obrigações trabalhistas diante do registro irregular da jornada de trabalho (RR-173800-19.1998.5.15.0092, rel. min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, *DJ* de 3 abr. 2012), o não preenchimento da cota social prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991 e conduta discriminatória relativa a sexo, idade e tipo de deficiência (RR-9890600-28.2005.5.09.0001, rel. min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, *DJ* de 16 dez. 2011), a fraude na intermediação de mão de obra consistente na prática de terceirização ilícita (RR-16400-34.2006.5.02.0023, rel. min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, *DJ* de 9 dez. 2011), a terceirização fraudulenta e a burla à exigência constitucional do concurso público (RR-129300-78.2005.5.10.0020, rel. min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, *DJ* de 21 out. 2011), e o descumprimento de norma relativa à limitação da jornada de trabalho (RR-107500-26.2007.5.09.0513, rel. min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, *DJ* de 23 set. 2011).

a) ao pagamento de indenização por dano social, consistente em depósito, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador;

b) ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, consistente em depósito, em juízo, do valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), destinado à entidade filantrópica ASSOCIAÇÃO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA DO ESTADO DO TOCANTINS – APODECETINS, CNPJ 02.994.766/0001-64, com endereço na Avenida Rio Grande do Sul, nº 645, centro, Gurupi-TO. A utilização do valor será definida pelo Juízo, em conjunto e sob a fiscalização do Ministério Público do Trabalho, de acordo com as necessidades da entidade”.

10 Processo: RR - 12400-59.2006.5.24.0061, data de julgamento: 17.8.2011, rel. ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, data de publicação: *DEJT* de 26 ago. 2011.

No caso específico de condenação por dano moral coletivo em caso de assédio moral institucional, exemplifique-se o acolhimento jurisprudencial deste entendimento com acórdão oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, assim ementado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. Evidenciada a prática de assédio moral coletivo por parte das empresas rés, que ameaçaram grupo de empregados com dispensa sem justa causa como forma de forçar estes a aceitarem alteração contratual. Recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho provido parcialmente para condenar as empresas rés ao pagamento de dano moral coletivo como reparação genérica à ordem jurídica. (TRT 4ª Região, 1ª Turma, 0142700-46.2008.5.04.0401 RO, relator juiz convocado André Reverbel Fernandes, Publ.: 5 maio 2011).

Diante do exposto, conclui-se que, no âmbito da tutela ressarcitória, a condenação ao pagamento de indenização em virtude do dano moral coletivo é uma das consequências próprias da conduta assediante do empregador em sua modalidade coletiva, uma vez que se trata de uma lesão grave e intolerável a direitos fundamentais da personalidade dos trabalhadores, gerando reflexos danosos tanto aos empregados diretamente assediados quanto à sociedade em sentido amplo.

3.2.2 O *quantum* indenizatório do dano moral coletivo trabalhista

Na fixação do montante devido a título de indenização por dano moral coletivo trabalhista são consideradas, pela doutrina e jurisprudência, as funções compensatória/reparatória e punitiva/preventiva/pedagógica de sua imposição ao empregador¹¹.

Nesse diapasão preleciona Marcos Antonio Ferreira Almeida:

Portanto, confirmada a ocorrência de dano coletivo, impõe-se a adoção de medida judicial capaz de sancionar o infrator e defender os interesses metaindividuais aviltantemente desrespeitados, alcançando uma função preventivo-pedagógica e punitiva, apta a inibir novos compor-

11 Também no âmbito do dano moral individual trabalhista são apontadas as funções compensatória e punitiva que devem ser consideradas na fixação do montante indenizatório. Nesse sentido: Norris (2007, p. 180) e Dallegrave Neto (2007, p. 199).

tamentos de idêntica estirpe, bem como reparar o dano jurídico social emergente das condutas ilícitas vergastadas. (ALMEIDA, 2010, p. 75).

Ademais, critério fundamental para a fixação do *quantum* indenizatório do dano moral coletivo trabalhista que atinja sua mencionada função punitiva/preventiva/pedagógica é a aferição da capacidade econômica do ofensor, de modo que o montante fixado seja suficiente para o desestímulo à reiteração da conduta ilícita.

Desse modo, o magistrado trabalhista, na fixação da indenização por dano moral coletivo laboral, deverá observar “o princípio pedagógico, relativamente ao efeito exemplar da condenação, a fim de agregar valor hábil a dissuadir outras condutas danosas a interesses coletivos extrapatrimoniais” (AUGUSTIN; ALMEIDA, p. 12).

Na mesma linha, Dallegrave Neto aponta que o atingimento da função sancionatória da indenização deve “considerar a capacidade econômica do agente, pois numa empresa de grande porte somente uma indenização vultosa será capaz de acoimá-la de modo a inibir a reiteração do ato ilícito” (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 201).

Diante do exposto, o montante da condenação por dano moral coletivo trabalhista em caso de assédio moral institucional deve ser *proporcional*, ou seja, com fixação em valor adequado e suficiente à reparação/compensação do dano coletivo perpetrado e à inibição da reiteração da conduta ilícita.

4 • Conclusão

Verifica-se que o tratamento transindividual do assédio moral coletivo apresenta diversas vantagens na prevenção e repressão desta conduta ilícita.

Nesse sentido, destaque-se a desvinculação psicológica e o afastamento da visão puramente individual do assédio moral, conforme a conclusão de Adriane Reis de Araújo:

A identificação do assédio moral organizacional, em que o assédio individual nada mais é que uma expressão parcial, rompe o tratamento

psicológico do problema e devolve a discussão sobre as condições de trabalho e os mecanismos de gestão de mão-de-obra aos espaços coletivos. (ARAÚJO, 2007, p. 12).

Deve se ressaltar que a despersonalização conferida pelo tratamento coletivo do assédio moral traz ainda como benefício prático evitar o temor da dispensa retaliativa em caso de enfrentamento individual do assédio moral¹².

Portanto, o fenômeno do assédio moral, em sua manifestação coletiva, deve receber tratamento administrativo e jurisdicional compatível com sua natureza transindividual.

Administrativamente, a prevenção e a repressão do assédio moral coletivo pode se valer dos instrumentos colocados à disposição do Ministério Público do Trabalho, entre os quais se destacam os procedimentos investigatórios do inquérito civil (art. 129, III, CF), a possibilidade de expedição de notificações, requisições (art. 129, VI, CF) e recomendações (art. 6º, XX, da LC nº 75/1993) e a celebração de termos de ajuste de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 – Lei da ACP).

No âmbito judicial, inspirado pela premissa do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF), a tutela coletiva do assédio moral, em suas manifestações preventiva e reparatória, vale-se dos instrumentos estabelecidos pelo microsistema processual de tutela coletiva (Lei n. 8.078/1990 – CDC, e Lei n. 7.347/1985 – Lei da ACP).

A tutela preventiva, em sua modalidade inibitória, atua tanto para prevenir a concretização da conduta ilícita assediante quanto para impedir a repetição ou continuação da ilicitude. Em âmbito coletivo, encontra fundamento constitucional no art. 5º, XXXV, da CF e legal no art. 84 do CDC.

A tutela ressarcitória, por sua vez, encontra concreção na condenação ao pagamento de indenização *proporcional* – isto é, em valor adequado

12 Todavia, deve ser destacado que a dispensa retaliativa nessa hipótese configuraria dispensa abusiva, conduzindo à reintegração e à indenização correspondente, conforme entendimento fixado pelos Enunciados n. 2 e 26 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, de novembro de 2007.

e suficiente à reparação/compensação do dano coletivo perpetrado e à inibição da reiteração da conduta ilícita – por dano moral coletivo, que decorre da lesão grave e intolerável aos direitos fundamentais dos trabalhadores diretamente assediados e da sociedade, que é afetada pela conduta assediante coletiva. Esta espécie de tutela coletiva encontra fundamento constitucional no art. 5º, incisos V e X, da CF e legal no art. 6º, VI, do CDC – Lei n. 8.078/1990 – e art. 1º, *caput* e inciso IV, da Lei da ACP – Lei n. 7.347/1985.

Referências

ALMEIDA, Marcos Antonio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XX, n. 39, p. 69-105, mar. 2010.

ARAÚJO, Adriane Reis de. Assédio moral organizacional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 2, p. 203-214, abr./jun. 2007.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/mostra_biblioteca.asp?bib_id=101>. Acesso em: 3 jan. 2014.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

COSTA, Marcelo Sampaio Freire. Dano moral coletivo trabalhista contra ente de direito público: cabimento e estudo jurisprudencial. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXII, n. 44, p. 183-198, set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 2, p. 186-202, abr./jun. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5041>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coordenadores). *Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 557-597.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. *Assédio moral coletivo nas relações de trabalho: uma análise sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores*. 2009. Dissertação de mestrado apresentada à FDUSP, São Paulo, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORRIS, Roberto. Critério para quantificação do dano moral no direito do trabalho: algumas considerações. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 175-183, jul./dez. 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos da personalidade e dano moral coletivo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, ano 36, n. 66, p. 1-28, jan./jun. 2011.

A manipulação de drogas quimioterápicas e o direito fundamental à saúde dos profissionais de saúde

Leomar Daroncho

Procurador do Trabalho

Sumário: 1 Introdução. 2 O risco das drogas quimioterápicas utilizadas no tratamento de doenças graves. 2.1 O custo e o benefício do tratamento na perspectiva do paciente. 2.2 Os efeitos da exposição aos quimioterápicos em relação ao profissional de saúde. 3 Doenças ocupacionais no setor hospitalar: uma questão de saúde pública. 3.1 Os agravos à saúde do trabalhador no setor hospitalar. 3.2 Estatísticas das doenças ocupacionais no setor hospitalar. 4 O direito à saúde dos profissionais de saúde – considerações constitucionais. 4.1 A constitucionalização dos direitos sociais. 4.2 A proteção constitucional à saúde do trabalhador. 4.3 O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido dos profissionais de saúde. 5 A proteção da saúde dos profissionais de saúde expostos a drogas de risco. 5.1 Do déficit de proteção das normas atualmente aplicadas. 5.2 Possibilidades normativas para uma postura de prevenção e de precaução. 5.3 As tutelas judiciais e administrativas devem priorizar o aspecto inibitório da exposição a agravos. 6 Considerações finais.

1 • Introdução

O estudo, organizado em quatro tópicos, pretende incrementar a discussão acadêmica acerca de propostas para dar efetividade ao direito fundamental à saúde dos trabalhadores do sistema de saúde, focando especificamente a questão dos profissionais expostos aos riscos das drogas quimioterápicas (*hazardous drugs*).

Problematiza a questão a partir de informações sobre o desenvolvimento das ciências médicas e da indústria farmacêutica, notadamente no setor de quimioterápicos. Em seguida, analisa estudos que apontam

problemas decorrentes da exposição dos trabalhadores em saúde a essas drogas. Na sequência, apresenta uma reflexão acerca da relação entre o trabalho em ambiente agressivo, no setor, e os consequentes agravos à saúde, com base nas contribuições da epidemiologia.

A partir dessas informações, explora-se o tema da constitucionalização dos direitos sociais, numa abordagem que privilegia a saúde e o meio ambiente laboral, como direitos fundamentais, dentro do modelo de trabalho constitucionalmente protegido.

Aborda, ao final, o déficit de proteção das normas atualmente aplicadas aos profissionais de saúde expostos às drogas de risco, com propostas concretas de regulamentação.

2 • O risco das drogas quimioterápicas utilizadas no tratamento de doenças graves

2.1 • O custo e o benefício do tratamento na perspectiva do paciente

A história da humanidade foi substancialmente afetada a partir de meados do século XIX. A expectativa de vida praticamente dobrou. Boa parte do crédito dessa fenomenal conquista deve-se a Louis Pasteur, responsável por contribuições fundamentais no desenvolvimento da medicina, como a teoria dos micróbios da doença e o desenvolvimento da técnica de inoculação preventiva. Feitos como esses fizeram com que o químico e biólogo francês fosse posicionado entre as cem maiores personalidades da história – pelo biógrafo Hart (2002).

Contemporaneamente, ao buscar a cura para uma doença crônica complexa, a consulta a um médico especializado revelará uma série de possibilidades e protocolos de tratamento cuja utilização, em geral, fica condicionada aos meios de acesso do paciente – normalmente restrições financeiras – e/ou à disposição para se submeter às intervenções medicamentosas e suas desagradáveis consequências – os conhecidos efeitos colaterais.

Em geral, utilizando variáveis como a idade, o sexo, o estilo de vida e o histórico familiar do paciente, o médico apresentará os possíveis tratamentos. A decisão sobre a utilização de medicamentos e/ou técnicas terapêuticas é encaminhada a partir das estimativas de cura e da qualidade da sobrevida, devido aos indesejáveis efeitos colaterais das drogas. Em suma, o desfecho da consulta dá-se pelo cotejamento de dados estatísticos, numa análise que confronta custos e benefícios do tratamento ao paciente.

Fazendo um primeiro recorte no objeto desse estudo, dirigimos a análise especificamente à questão da exposição aos medicamentos quimioterápicos antineoplásicos. Essas substâncias, empregadas nos protocolos de tratamento do câncer, são fármacos potentíssimos, porém, assumidamente mutagênicos¹, carcinogênicos² e teratogênicos³.

No sítio eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sem que se tenha o objetivo de aprofundar a análise técnica acerca das consequências indesejáveis dessas drogas, é possível acessar as bulas de alguns dos principais medicamentos utilizados no tratamento do câncer. O bulário eletrônico permite identificar a preocupação da ação dessas drogas como agentes de carcinogênese, da mutagênese e no distúrbio da fertilidade.

Num caso que se tornou bastante conhecido, o ex-vice-presidente da República José de Alencar, que enfrentou publicamente um câncer em estado avançado em 2008, chegou a declarar aos jornalistas que se sentia uma cobaia: “O paciente vira uma verdadeira cobaia, como tem acontecido comigo. Há experiências e mais experiências com medicamentos de quimioterapia” (CLÉBICAR, 2008).

Retomando a questão das advertências constantes do bulário eletrônico da Anvisa, são muitas as drogas registradas em que há incertezas e/ou

1 Potencial de danificar a molécula de DNA, causando a mutação da célula, induzindo alterações transmissíveis e permanentes da quantidade ou estrutura do material genético das células ou organismos.

2 Capacidade de provocar, agravar ou sensibilizar o organismo para o surgimento de um câncer.

3 Capacidade de produzir dano ao embrião ou feto durante a gravidez, podendo levar ao aborto, má-formação ou alterações funcionais.

ausências de estudos de efeitos colaterais, da maior gravidade, que atraem a aplicação dos princípios da prevenção e/ou da precaução, como se verá nos tópicos seguintes, quando o problema for enfrentado na perspectiva do meio ambiente de trabalho.

Sob o ponto de vista da relação entre o profissional médico e o paciente, oportuno registrar que o novo Código de Ética Médica (CEM) reforça a autonomia do enfermo e/ou de sua família com duas normas, que obrigam o médico a assegurar o direito à informação – art. 34 (informar ao paciente ou seu representante legal o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento) – e à livre decisão sobre a intervenção recomendada – art. 31 (assegura o direito do paciente, ou seu representante legal, de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas).

Fatores como os apresentados revestem de grande gravidade a decisão pelo protocolo de tratamento a ser seguido e que, em regra, depende do aval do paciente ou de sua família: ponderação da relação entre o custo e o benefício da intervenção.

2.2 • Os efeitos da exposição aos quimioterápicos em relação ao profissional de saúde

Assentado que a exposição aos fármacos utilizados no combate ao câncer tem o potencial de provocar severos efeitos colaterais nos pacientes, a questão que se coloca é a dos possíveis efeitos nocivos em relação aos profissionais que ministram as drogas ou se expõem a estas ao longo do tratamento.

São médicos, enfermeiros, farmacêuticos, técnicos, auxiliares e outros profissionais que manuseiam, manipulam ou aplicam drogas de risco (*hazardous drugs*).

Analisando a questão da manipulação dos medicamentos da quimioterapia antineoplásica, Gioda (2010) registra que desde a década de 1970 são conhecidos problemas ocupacionais em profissionais que administram quimioterápicos. As principais fontes de exposição consistiriam

em resíduos de medicamentos presentes na forma de pó, líquido ou aerossóis, “podendo ser absorvidos pela via percutânea e inalatória. As fontes potenciais de contaminação incluem superfícies de trabalho, ar, frascos de medicamentos e material usado no preparo e administração” (GIODA, 2010, p. 23). Conforme ainda o mesmo autor, o trabalho direto ou indireto com drogas de risco para fins medicinais pode causar, desde manifestações mais simples, como cefaleia, vertigens, tonturas, queda de cabelo, hiperpigmentação cutânea e vômitos, até eventos mais complexos, como alterações congênitas e câncer.

Os riscos desse trabalho são confirmados nos estudos de Martins e Della Rosa (2004), com a advertência de que os efeitos da exposição contínua aos antineoplásicos nos trabalhadores em saúde são comparados àqueles apresentados por pacientes em tratamento com as mesmas substâncias, variando desde manifestações simples, até as mais complexas como carcinogênese, efeitos mutagênicos e teratogênicos:

Trabalhadores da área da saúde, em laboratórios, hospitais e/ou outros locais, estão potencialmente expostos a numerosos riscos ocupacionais. A ampla e crescente utilização de fármacos antineoplásicos, na quimioterapia, é considerada um importante risco químico para o pessoal envolvido no preparo e na administração dessas substâncias aos pacientes com câncer. O manuseio desses fármacos sem cuidados pode levar a inúmeros efeitos tóxicos. Alguns desses fármacos são classificados como carcinógenos ou provavelmente carcinógenos para humanos. Para tais agentes, é difícil atingir uma dose de não efeito observado, pois a patologia provocada por eles é considerada multifatorial. Todavia, a avaliação da exposição, através da monitorização ambiental e biológica, vigilância à saúde, programas de informação e treinamento de pessoal e utilização de equipamento de proteção individual e coletiva são algumas medidas recomendadas para controlar a exposição e proteger a saúde dos indivíduos que têm contato com os quimioterápicos antineoplásicos no ambiente de trabalho. (MARTINS; DELLA ROSA, 2004, p. 118).

Esses dados são corroborados por estudo científico do Instituto Nacional do Câncer José de Alencar Gomes da Silva (INCA, 2012), que

registra relevância dos fatores ambientais, inclusive ocupacionais, na etiologia do câncer:

No tocante à etiologia, aproximadamente 80% dos casos de câncer estão relacionados a fatores ambientais, em maior ou menor grau, evitáveis (WHO, 2002). Esses fatores envolvem água, terra, ar, ambiente de consumo (alimentos, medicamentos, fumo, álcool e produtos domésticos), ambiente cultural (estilo, costumes e hábitos de vida) e ambiente ocupacional. (INCA, 2012, p. 17).

Na literatura técnica internacional, necessário referir o estudo intitulado *NIOSH alert* (2004), do Instituto Nacional de Saúde e Segurança Ocupacional Americano – National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH) –, que, em tradução livre, demonstra as relações entre o trabalho de profissionais da saúde que manipulam quimioterápicos antineoplásicos e o desenvolvimento de neoplasia maligna (câncer), mutagenicidade e problemas reprodutivos. O estudo relaciona que a probabilidade de um trabalhador ser afetado por efeitos de drogas de risco é qualificada pelo tempo e pela frequência da exposição, além da deficiência de práticas de segurança apropriadas.

O alerta do Instituto Nacional para a Segurança e Medicina Ocupacional dos Estados Unidos da América confirma a conclusão de que trabalho direto ou indireto com drogas de risco para fins medicinais – como os quimioterápicos antineoplásicos – apresenta, em relação aos profissionais de saúde, potencial carcinogênico, potencial mutagênico, potencial teratogênico e efeitos no desenvolvimento reprodutivo.

Chega-se, assim, a algumas conclusões preliminares: a) entre as drogas de risco (drogas perigosas), encontram-se aquelas utilizadas como antineoplásicos; b) os efeitos da exposição aos antineoplásicos nos trabalhadores em saúde são comparáveis àqueles apresentados por pacientes em tratamento com as mesmas substâncias, sem que os referidos profissionais usufruam dos benefícios dessas drogas; c) o risco depende do grau de exposição a que está submetido o profissional de saúde, além da toxicidade das drogas; e d) os riscos podem ser sensivelmente reduzidos, desde que se adote uma eficiente sistemática de controle de rotinas e procedimentos de manipulação das drogas.

3 • Doenças ocupacionais no setor hospitalar: uma questão de saúde pública

3.1 • Os agravos à saúde do trabalhador no setor hospitalar

Desde o século XVIII (RAMAZZINI, 2000), estuda-se a associação entre os agravos à saúde e a exposição a produtos químicos, poeiras, metais e outros agentes encontrados no ambiente de trabalho.

Hodiernamente, é impactante a força da afirmação de Pelegrino (1988, p. 67) acerca da tragédia social e humana representada pelo acidente de trabalho, identificado como “a arma mais perigosa que existe no mundo. Tanto que as pesquisas apontam ter ele matado muito mais que a segunda grande guerra mundial”.

Em trabalho anterior, mais abrangente – Daroncho (2012) –, consignamos que pouco disso deve ser atribuído ao acaso. Soaria mesmo como um despropósito a corriqueira afirmação de que tais acidentes seriam fatalidades da vida!

Na atualidade, pouco contribui para a construção de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social (Preâmbulo da Constituição de 1988), que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), encarar como reverses da fortuna as doenças e os “acidentes súbitos e fortuitos [que já foram considerados] inseparáveis do trabalho industrial”⁴.

Analisando a moderna concepção que incorpora a multicausalidade no desencadeamento das doenças, Rouquayrol (1983) conclui que a determinação da causalidade dos eventos que comprometem a saúde é uma

4 Expressão encontrada na Carta Encíclica *Rerum Novarum* – Papa Leão XIII –, em 1891, indicada como uma das referências da fase de transição para a justiça social, traça regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. A evolução da abordagem da Igreja Católica, na perspectiva preventiva, e especificamente a inclusão do ambiente de trabalho entre os determinantes sociais da saúde, foi substancialmente revertida na Campanha da Fraternidade da CNBB/2012, que teve por *slogan*: Fraternidade e Saúde Pública.

das questões centrais da epidemiologia, sendo ao mesmo tempo uma das mais complexas.

Para o presente estudo, todavia, a investigação da causalidade se apresenta deveras simplificada nas doenças do trabalho, quando este se desenvolve em ambiente reconhecidamente agressivo, como é o caso do hospitalar, notadamente entre os profissionais médicos, enfermeiros, farmacêuticos, técnicos, auxiliares e outros profissionais que manuseiam, manipulam ou aplicam drogas de risco (*hazardous drugs*).

3.2 • Estatísticas das doenças ocupacionais no setor hospitalar

Ainda que não se ignore a subnotificação que turva os dados oficiais de acidentes de trabalho, conforme assinala Oliveira (2008), os dados oficiais do Ministério da Previdência Social registram o vertiginoso crescimento no número total de acidentes do trabalho no período compreendido entre 2005 e 2009.

Comparando as estatísticas de acidentes do trabalho no Brasil aos números de uma guerra civil, Oliveira (2008, p. 33) informa que “diariamente cerca de 48 pessoas deixam definitivamente o mundo do trabalho no Brasil”.

O problema também se apresenta na forma de custos para as contas públicas. Nota oficial divulgada por ocasião da 20ª edição do *Anuário Estatístico da Previdência Social* (BRASIL, 2012) pontua que, em 2011, foram registrados 711.164 acidentes do trabalho entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Ressalta, todavia, que o dado não inclui os trabalhadores autônomos (categoria largamente difundida em nossos hospitais como pessoas jurídicas). Prossegue assinalando o enorme impacto social e econômico destes eventos sobre a saúde pública no Brasil, em decorrência do afastamento das atividades de 611.576 trabalhadores devido à incapacidade temporária, além de outros 14.811 afastados definitivamente e do triste quantitativo de óbitos de 2.884 cidadãos. O montante de valores pagos pelo INSS, em termos de benefícios devidos a acidentes e doenças do trabalho, cumulados com pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho, atinge o montante de R\$ 15,9 bilhões/ano. Somando-se as despesas

operacionais e com a área da saúde, o custo global atinge valor da ordem de R\$ 63,60 bilhões.

Plenamente compreensível a preocupação governamental que defende a premência na adoção de políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos relativos às atividades laborais.

Especificamente no que diz respeito aos acidentes de trabalho dos profissionais ocupados no setor saúde, é relevante observar a consolidação dos dados obtidos nos anuários estatísticos da Previdência Social referentes aos anos de 2009, 2010 e 2011, agrupados segundo as atividades econômicas mais relevantes, conforme o número de ocorrências:

Tabela 1: Número total de acidentes por atividade econômica, por ano, de 2009 a 2011.

ATIVIDADE ECONÔMICA	2011	2010	2009
Atendimento hospitalar (CNAE 8610)	51.417	48.973	48.379
Supermercados e hipermercados (CNAE 4711)	22.517	21.618	21.632
Administração pública (CNAE 8411)	21.846	22.266	22.866
Indústria da construção (CNAE 4120)	21.700	20.336	19.649
Frigoríficos (CNAEs 1011, 1012, 1013)	19.453	20.462	23.649
Transporte de cargas (CNAE 4930)	16.824	16.915	16.622
Fabricação de açúcar (CNAE 1071)	15.211	16.869	19.643

Fonte: BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social (2012).

Como se vê, o atendimento hospitalar (CNAE 8610) corresponde ao setor com o maior número de acidentes de trabalho registrado nas estatísticas oficiais da Previdência.

Diante desses números, é importante invocar as justificativas do *Manual de Atuação do Projeto Saúde na Saúde*, da Coordenadoria Nacional de

Combate às Irregularidades na Administração Pública (Conap) do Ministério Público do Trabalho. O projeto, após a realização de inspeções em hospitais e a análise de dados divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego acerca de acidentes de trabalho ocorridos em unidades de saúde, conclui que é urgente a atuação do Ministério Público do Trabalho, na qualidade de órgão de transformação social, na defesa da higidez e da salubridade do meio ambiente laboral, ainda que se destine prioritariamente às unidades de saúde geridas pela Administração Pública.

Embora não seja o objetivo deste estudo aprofundar a investigação acerca das decisões judiciais que reconheceram o dever de indenização pelo empregador, por negligenciar as medidas de prevenção dos riscos da exposição dos trabalhadores aos medicamentos quimioterápicos, registre-se que já existe precedente do Tribunal Superior do Trabalho mantendo a condenação, como pode ser verificado na ementa do acórdão que segue:

RECURSO DE REVISTA. DOENÇA PROFISSIONAL. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÕES. VALOR DA CONDENAÇÃO. TERMO FINAL. Considerando o contexto fático delineado pelo Regional, observa-se que a Recorrente não foi diligente ao prevenir e evitar os riscos de contaminação da Reclamante, que estava envolvida na preparação e aplicação de medicamentos, “omitindo-se no zelo à saúde dos trabalhadores por ocasião do desempenho das atividades laborais”. Configurada a culpa por violação do dever geral de cautela, submetendo a Reclamante a riscos pela ausência de medidas protetivas, atraiu para si a obrigação de indenizar pelos danos materiais sofridos, não se constatando a alegada ofensa ao art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-38200-95.2008.5.13.0006, 4ª Turma, min. rel. Maria de Assis Calsing, 26.6.2013).

Sobre esse último precedente, é oportuno registrar, também, que o desdobramento da decisão encaminha a contenda para a compensação monetária da lesão consumada, ao passo que ao longo desse estudo pretende-se realçar os aspectos preventivos e/ou de precaução.

Nesse ponto, fazendo uma síntese parcial das informações referentes aos dados oficiais da infortúnica do trabalho, em geral e especificamente no setor hospitalar, e da causalidade desses eventos com as precárias

condições do ambiente em que o trabalho é realizado, é importante registrar os contornos de uma verdadeira questão de saúde pública.

4 • O direito à saúde dos profissionais de saúde – considerações constitucionais

4.1 • A constitucionalização dos direitos sociais

É evidente a abundância, quantitativa e qualitativa, de direitos sociais no texto constitucional. Com propriedade, Sarlet (2003) observa que esses dispositivos conferem posição de destaque à Constituição de 1988, tanto na história constitucional brasileira quanto em relação a outras ordens constitucionais.

Os direitos sociais constituem prestações positivas proporcionadas pelo Estado “direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos” (SILVA, 1998, p. 289). Tais direitos estão ligados ao direito de igualdade (segunda dimensão) e tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Assim, a análise das questões afetas ao direito à saúde no meio laboral impõe que a exteriorização do trabalho seja acompanhada da marca da dignidade. Nesse contexto, o trabalho digno pode ser compreendido como aquele que se desenvolve dentro dos parâmetros estabelecidos para o trabalho decente.

Essa marca é essencial, conforme observado por Medeiros Neto (2008), dada a peculiaridade do regime de trabalho subordinado, em que o cidadão, contingenciado por necessidades extremadas, submete-se, em busca da subsistência, às formas e condições mais aviltantes de trabalho. É um contexto em que a vontade e a liberdade do trabalhador anulam-se.

Especialmente em relações assimétricas, como as de cunho laboral, a efetividade do valor-princípio da dignidade da pessoa humana demanda que se lhe atribua um sentido de normatividade e cogência. Do contrário, transforma-se em mera cláusula retórica com assento constitucional.

Assim, contextualizada no ambiente e nas relações de trabalho em que ocorre o manuseio de fármacos agressivos, a dignidade da pessoa humana – protegendo a pessoa do trabalhador contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e ao mesmo tempo garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável – é uma diretriz constitucional que, juntamente com o valor social do trabalho, também fundamento da República Federativa do Brasil, delimita e impõe o direito fundamental ao trabalho digno, o que, por óbvio, compreende as condições para a preservação da incolumidade física e psíquica dos profissionais de saúde expostos aos quimioterápicos antineoplásicos e que não usufruem dos benefícios dessas drogas.

4.2 • A proteção constitucional à saúde do trabalhador

A partir da disposição do art. 200, VIII, da Constituição, a doutrina formulou o conceito de meio ambiente de trabalho como o local em que são desempenhadas atividades laborais, remuneradas ou não, “cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio ambiente e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores” (FIORILLO, 2000, p. 21).

No capítulo da seguridade social (Título VIII – da Ordem Social), a Constituição Federal (art. 196) deu os contornos do amplo conceito do direito fundamental à saúde: direito de todos.

Assim, são temas constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador – direito de todos, indistintamente – quanto a necessidade de que sejam efetivamente asseguradas as condições de higidez do meio ambiente de trabalho – mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, sem que nenhuma categoria esteja, *a priori*, excluída das medidas de promoção e de proteção.

Necessário considerar, ainda, que a saúde, ou mais precisamente o comprometimento da saúde do trabalhador em decorrência das condições de trabalho, é tema de grande relevância, tanto do ponto de vista da saúde pública, na dimensão coletiva, quanto das possibilidades de inclusão do indivíduo no nosso modelo de sociedade, que valoriza de modo especialmente marcante a produção e a capacidade produtiva.

4.3 • O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido dos profissionais de saúde

As normas da segurança e da medicina do trabalho, com as premissas constitucionais que delimitam os parâmetros mínimos da regulação do trabalho, definem o direito fundamental do trabalhador a laborar em um meio ambiente de trabalho hígido.

Pertinente a observação de Aith (2007) no sentido de que a saúde constitui-se e é constituída por um complexo de fatores intrínsecos do indivíduo (físicos e mentais) e extrínsecos (sociais, ambientais e religiosos) como forma de imposição de um ideal de saúde.

Nesse contexto, o *Manual de Atuação do Projeto Saúde na Saúde*, do Ministério Público do Trabalho (ÁSFORA; CAVALHEIRO, 2014), destaca que os agentes biológicos, químicos e físicos devem ser anulados, na medida do possível, ou minimizados, por ser isso a proteção em relação a estes gravames, um direito fundamental garantido a todo trabalhador nos termos do art. 7º, inciso XXII, e art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Adverte para a urgência da postura de proteção do meio ambiente laboral nas unidades de saúde, consignando que, pela natureza dos serviços prestados, a saúde e a segurança no trabalho em unidades de saúde são pressupostos para o desenvolvimento da própria atividade.

Relembre-se, considerando os fatores extrínsecos – neles incluso o meio ambiente de trabalho em que operam os profissionais de saúde –, ser indispensável ter em conta que as relações de trabalho são essencialmente relações sociais de desigualdade e que o “trabalho pode tornar-se um verdadeiro laboratório de experimentação e aprendizado da injustiça e da iniquidade” (DEJOURS, 2006, p. 140), para os seus beneficiários e/ou vítimas.

Desse modo, por ora, importa registrar que, no que interessa aos objetivos deste estudo, preservação da saúde dos profissionais de saúde dos riscos do trabalho, a Constituição brasileira de 1988 representou inovação de monta.

E, na abordagem de um tema tipicamente constitucional, o novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) apresenta sedutoras possibilidades de investigação acadêmica – inclusive no que diz respeito à

eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁵, notadamente quando se relembra que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária que, além das obrigações principais, encerra deveres anexos de conduta do empregador, entre os quais se destaca o dever de proteção (DALLEGRAVE NETO, 2007).

Contudo, para as necessidades argumentativas dessa análise, com apoio em Mendes, Coelho e Branco (2008), é suficiente registrar que o neo-constitucionalismo confere relevo à primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida e promovida pelos poderes públicos e pela sociedade.

Avançando nessa linha de raciocínio, e partindo das disposições de regência constitucional do direito social à saúde e das atribuições do Sistema Único de Saúde, Costa (2003) descreve o modo de organização das ações da Vigilância Sanitária brasileira como combinações de modelos institucionais que visam à segurança sanitária e à proteção da saúde. Entre essas funções inclui a “normatização e controle de aspectos do ambiente, ambiente e processos de trabalho, e saúde do trabalhador” (p. 193).

Necessário o registro, também, de que o legislador ordinário, atento aos ditames cunhados na Lei Maior, positivou o caráter de fundamentalidade do direito à saúde, como se verifica no art. 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990): “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Noutro giro, merece registro, ainda que sem maior profundidade, a possibilidade de tutela do direito fundamental à saúde do trabalhador em saúde a partir atos normativos internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da saúde e segurança dos trabalhadores – aprovada em Genebra, em 1983, e ratificada pelo Brasil em 1992, dispondo sobre a prevenção de doenças ocupacionais.

5 Tema tratado de forma bastante adequada por Sarmento (2006).

A convenção (art. 3º, e) define o que deve ser entendido por saúde no trabalho:

[...] o termo saúde, em relação com o trabalho, abrange não somente a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho.

A mesma normativa obriga os membros da OIT a uma postura primordialmente preventiva, que reduza ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho, e impõe o reexame periódico da política nacional em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho (art. 4º, 1):

Qualquer membro deverá, à luz das condições e da prática nacionais e em consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores mais representativas, definir, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho.

Desse modo, pela Convenção n. 155 da OIT, a República Federativa do Brasil obrigou-se a prevenir os acidentes e os danos à saúde que sejam consequência do trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho – artigo 4.2 (SUSSEKIND, 2007). E dessa proteção não estão subtraídos os profissionais de saúde.

Esse entendimento harmoniza-se com a leitura feita por Dallegrave Neto (2007, p. 202) do disposto no art. 7º, XXII, da Constituição:

Com esteio nesse dispositivo (art. 7º, XXII, da Constituição), o trabalhador tem o direito fundamental de trabalhar em ambiente hígido e salubre com redução e prevenção dos riscos concernentes à atividade laborativa de modo a preservar a sua saúde e segurança física.

A abordagem da saúde como tema transversal à possibilidade de realização dos direitos do ser humano trabalhador, nas dimensões individuais

e coletivas, e de que a doença profissional e o acidente de trabalho decorrem de uma tecnologia de produção ou de serviços em desacordo com o necessário equilíbrio do meio ambiente remetem aos estudos de Melo (2006) e de Fiorillo (2000), que lembram os compromissos com as posturas de prevenção e da precaução.

Assim, retomando e alinhavando as ideias desenvolvidas até aqui, pode-se dizer que o efetivo respeito à dignidade humana do trabalhador do sistema de saúde, titular do direito constitucional – fundamental – de ver asseguradas, no curso de uma relação de trabalho subordinado, a integridade da saúde e a própria vida, está vinculado à observância do parâmetro que pode ser condensado no direito a laborar em um meio ambiente de trabalho hígido.

5 • Proteção da saúde dos profissionais de saúde expostos a drogas de risco

5.1 • Do déficit de proteção das normas atualmente aplicadas

No encaminhamento para o desfecho desse estudo – e tendo em vista haver evidências de que entre os efeitos das drogas utilizadas no tratamento de doenças crônicas, como os quimioterápicos antineoplásicos, existem os que são severos e negativos em relação à saúde (efeitos colaterais) e que as consequências da exposição aos antineoplásicos nos trabalhadores em saúde são comparáveis àquelas apresentadas por pacientes em tratamento, sem que os profissionais usufruam dos benefícios dessas drogas –, apresenta-se o questionamento quanto à suficiência das medidas de proteção previstas.

Essa proteção, advinda da necessidade de efetivo respeito à dignidade humana do trabalhador do sistema de saúde, titular do direito constitucional – fundamental – a ver assegurada, no curso de uma relação de trabalho subordinado, a integridade da saúde e a própria vida, está vinculada à observância do parâmetro que pode ser condensado no direito a laborar em um meio ambiente de trabalho hígido.

Na perspectiva ambiental, a Constituição incumbiu o Poder Público de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, § 1º, V).

Portanto, há um claro aspecto de segurança jurídica militando em favor da proteção do meio ambiente de trabalho e da vida digna. Na abordagem de Delgado (2007), essa concepção ampliada do direito à segurança jurídica atribui ao mercado de trabalho uma feição de bem público sobre o qual convergem a regulação pública e a regulação privada, numa interação fundada na prevalência do direito a ter direitos ou sintetizada no patamar civilizatório mínimo durante o contrato de trabalho.

Dando concretude aos ditames constitucionais, a ordem jurídica e as instâncias administrativas dispõem de uma série de instrumentos que viabilizam o enfrentamento do problema da negligência do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido, em relação às categorias sobre as quais se debruça a presente análise.

Esse estudo, por sua vez, defende a prioridade da tutela inibitória, das medidas judiciais e administrativas conducentes a prevenir ou a evitar o ilícito, conforme apresentado por Marinoni (1997, p. 62):

A técnica da tutela inibitória, de fato, é voltada para o futuro; não tem por escopo reparar um direito já violado. O que diferencia, nitidamente, a tutela inibitória da tutela ressarcitória é que a primeira objetiva evitar o ilícito, enquanto que a segunda proporciona apenas a reparação pela violação do direito.

Tudo isso, sem prejuízo de eventual pedido de compensação pelos danos já causados – tutela ressarcitória – como resposta ao agravo, que deve compreender o que o trabalhador perdeu além daquilo que razoavelmente deixou de ganhar.

Na esfera administrativa, a primeira referência normativa está no art. 200, VI, da CLT, que, desde 1977, delegou ao Ministério do Trabalho a atribuição de complementar as normas de segurança e medicina do trabalho, observando as particularidades da atividade ou setor:

VI - *proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias;* [grifo nosso].

Norma dirigida à *Segurança e à Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde*, a NR32, contém um tópico específico para os quimioterápicos antineoplásicos – item 32.3.9.4 –, na seção que trata dos medicamentos e das drogas de risco (item 32.3.9).

Necessário, a essa altura, fazer mais uma breve referência ao *Manual de Atuação do Projeto Saúde na Saúde*, do Ministério Público do Trabalho (ÁSFORA; CAVALHEIRO, 2014). O projeto, analisando a NR32, conclui ser preciso a atuação estratégica com vistas a minimizar a exposição dos trabalhadores a riscos de acidentes de trabalho nas unidades hospitalares. Assinala que o objetivo pode ser alcançado por meio da exigência de observância das normas que tratam da proteção da saúde e da segurança no meio ambiente de trabalho nestes locais.

A leitura das diretivas de segurança e saúde indicadas revela uma série de medidas singelas e/ou vagas que, evidentemente, não atendem à complexidade e aos riscos das drogas a que os profissionais estão expostos.

São medidas como a exigência de preparo e armazenamento em área exclusiva, com equipamentos de proteção individual e vestimentas, além de cabine de segurança biológica; lavagem das mãos; disposição de manuais de procedimentos, inclusive com as rotinas em caso de acidentes ambientais e/ou pessoais; restrições ao fumo e à alimentação no ambiente; afastamento de nutrízes, gestantes e lactantes; e exigências de capacitação.

A leitura do tópico seguinte – item 32.4 –, que trata das medidas protetivas em face das radiações ionizantes, na mesma norma regulamentadora, evidencia o déficit das medidas impostas ao trabalho com quimioterápicos antineoplásicos, cabendo a lembrança de que essas drogas são consideradas de risco por serem carcinogênicas, teratogênicas e mutagênicas.

São muitas as diferenças que externam o déficit relativo de proteção. Duas delas, especialmente, merecem destaque: a restrição ao tempo de permanência do trabalhador nas áreas de radiação (item 32.4.3) e a exigência de permanente monitoração individual e da área da instalação (item 32.4.5).

Em relação ao primeiro déficit – restrição ao tempo de permanência do trabalhador nas áreas de risco –, a evidência da desproteção é coroada pela não inclusão do manuseio das drogas quimioterápicas no rol das atividades insalubres, nos termos da NR15, ao contrário do que ocorre com as atividades ou operações em que os trabalhadores são expostos a radiações ionizantes (Anexo n. 5 da NR15). Difícil compreender, também, a coerência interna da norma, quando se constata, por exemplo, que o trabalho em contato com esgoto ou lixo urbano é catalogado no grau máximo de insalubridade (Anexo n. 14 da NR15).

Essas observações são feitas não com o propósito de estimular a monetização da saúde do trabalhador, por meio do correspondente adicional de insalubridade. Antes disso, o reconhecimento de que a manipulação dessas drogas insere-se entre as condições ou métodos de trabalho que expõem os empregados a agentes nocivos à saúde (art. 159 da CLT) possibilitaria a restrição ao elastecimento da jornada (art. 60 da CLT) e, por consequência, reduziria o tempo de exposição aos agentes agressivos.

Nesse sentido encaminhou-se a jurisprudência do TST ao cancelar a tão criticada Súmula n. 349, que admitia a possibilidade da sobrejornada em atividades insalubres, por meio da simples negociação coletiva:

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. (cancelada) - Res. 174/2011, *DEJT* divulgado em 27, 30 e 31 de maio de 2011. A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

Registre-se que a redução do tempo de exposição ao agente agressivo, radiação, também restou consagrada na Lei n. 7.394/1985, que limitou em 24 o número de horas semanais de trabalho dos técnicos de radiologia.

O segundo déficit de proteção – exigência de permanente monitoração individual e da área da instalação – será aprofundado no próximo tópico, quando serão analisadas as recomendações do *NIOSH alert* e do Instituto Nacional do Câncer (Inca).

5.2 • Possibilidades normativas para uma postura de prevenção e de precaução

A discussão acerca do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido, também aplicável ao trabalhador da saúde, remete à consideração de que a essência do valor-trabalho é o homem. Logo, é o trabalho que está em função do indivíduo e não o inverso (RUPRECHT, 1995, p. 104). E o trabalho humano foi destacado e protegido pelo constituinte de 1988 como direito social fundamental, inclusive no que diz respeito à preservação da incolumidade da saúde do trabalhador do sistema de saúde.

Retomando a análise das advertências constantes no bulário eletrônico das drogas já referidas (Anvisa), há outra questão da maior relevância para o objeto desse estudo. Trata-se do registro quanto à incerteza dos efeitos do uso combinado de vários agentes antineoplásicos (como é o caso da Vincristina) e da ausência sobre o potencial carcinogênico da droga (como é o caso, entre outros, do Docetaxel).

São incertezas e/ou ausências de estudos de efeitos colaterais, da maior gravidade, que atraem a aplicação dos princípios da prevenção e/ou da precaução, por dizerem respeito ao meio ambiente de trabalho.

Conquanto não haja unanimidade na doutrina em relação aos princípios do Direito Ambiental, a partir de Fiorillo (2000) compreende-se que o princípio da prevenção alcança a postura que visa a prevenir a ocorrência de consequências conhecidas de determinado ato – o nexo causal já se encontra cientificamente comprovado ou decorre da lógica. Por sua vez, pelo princípio da precaução, busca-se o agir cauteloso em face da incerteza quanto às consequências de determinada ação ou aplicação científica em relação ao ambiente, no espaço ou tempo. São situações em que está presente a incerteza científica.

Pelo dever de precaução, obriga-se o empregador a eliminar fatores de riscos ambientais, ainda que não esteja seguramente comprovada a relação de causa e efeito entre os fatores e os riscos. É conceito ligado, portanto, ao afastamento de perigos, por meio de ações antecipatórias.

Pelo dever de prevenção, por outro lado, está obrigado a reagir aos riscos conhecidos e concretamente identificáveis.

Essa preocupação é potencializada pela advertência de que não há nível de exposição seguro às substâncias carcinogênicas, conforme registrado no estudo de Gioda (2010, p. 9), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que teve por objeto a *Monitorização Ambiental de Fármacos Citotóxicos*.

Não há conhecimento suficiente sobre o mecanismo de ação dessas substâncias potencialmente carcinogênicas, não permitindo, assim, um nível de exposição seguro, ao qual não se evidenciam efeitos tóxicos. É, portanto, necessário que essa exposição seja mantida dentro dos níveis mais baixos possíveis.

Assinale-se que são de reduzida utilidade, para os propósitos defendidos neste estudo, as disposições da Anvisa – Resoluções RDC n. 50/2002 e n. 220/2004 –, que foram editadas considerando os riscos inerentes à terapia antineoplásica na perspectiva do paciente, e da Norma Técnica ABNT/NBR n. 7256, que dispõe sobre o tratamento de ar em estabelecimentos assistenciais de saúde.

Assim, o caminho para as posturas de prevenção e/ou precaução deve ser buscado em outras fontes.

Em linhas gerais, o estudo do Inca (2012) – *Diretrizes para a vigilância do câncer relacionado ao trabalho* – indica algumas posturas e medidas protetivas. O Instituto Nacional do Câncer refere expressamente as recomendações gerais de controle da exposição de cada trabalhador e de uso rigoroso dos equipamentos de proteção individual. Também ressalta a importância dos serviços de medicina do trabalho, indicando a necessidade de realização de exames periódicos nos trabalhadores expostos.

Essas referências sinalizam a relevância de dois aspectos da postura de prevenção e/ou precaução: i) redução da exposição do trabalhador ao fator de risco; e ii) monitoração dos trabalhadores expostos.

E são exatamente essas diretrizes que podem ser inferidas do valioso estudo intitulado *NIOSH alert* (2004), do Instituto Nacional de Saúde e Segurança Ocupacional Americano (NIOSH), já mencionado, que, em tradução livre, afirma que a probabilidade de um trabalhador ser afetado por efeitos de drogas de risco é qualificada pelo tempo e pela frequência da exposição e também pela deficiência de práticas de segurança apropriadas.

Assim, o caminho para as posturas de prevenção e/ou precaução deve ser buscado em outras fontes, ou em novas interpretações de dispositivos existentes, visando atacar justamente esses dois flancos.

Quanto à redução da exposição do trabalhador ao fator de risco, a mudança das práticas poderia advir de alteração legislativa, reduzindo o número de horas semanais de trabalho desses profissionais, a exemplo do que ocorreu com os técnicos de radiologia – Lei n. 7.394/1985.

Como paliativo, defende-se, ao menos, a inclusão da manipulação de drogas quimioterápicas no rol das atividades insalubres – NR15. Com isso, conforme exposto anteriormente, haveria restrição à prestação de horas extras, que prolongam a exposição ao fator de risco.

Essa exigência de tratamento isonômico perante a lei, expressa no brocardo latino, “onde existe a mesma razão, prevalece a mesma regra de direito”, também pode ser extraída diretamente da Constituição (art. 5º, *caput*).

No que diz respeito ao outro flanco – monitoração dos trabalhadores expostos e do ambiente de trabalho –, numa interpretação menos reducionista, a proteção poderia ser deduzida dos atos expedidos pelo Ministério do Trabalho, por delegação, para complementar as normas de segurança e medicina do trabalho (art. 200 da CLT).

Seriam especialmente úteis, numa releitura adequada ao propósito de garantia dos direitos fundamentais defendido neste estudo, as

diretrizes fixadas no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) NR7, pertinentes à elaboração do PCMSO e ao rastreamento e ao diagnóstico precoce dos danos irreversíveis e dos agravos à saúde do trabalhador, inclusive de natureza subclínica (itens 7.2.3 e 7.2.4), e no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) NR9, sendo sua abrangência e profundidade dependentes das características dos riscos e das necessidades de controle, assim como do monitoramento da exposição dos trabalhadores e das medidas de controle e seu ajuste, com a importante garantia de que, na ocorrência de riscos ambientais, os trabalhadores possam interromper de imediato as suas atividades, comunicando o fato ao superior hierárquico direto para as devidas providências (itens 9.1.2, 9.3.7, 9.3.7.1 e 9.6.3).

Noutra esfera, é pertinente invocar novamente o resumo dos procedimentos de precaução do *NIOSH alert* (2004, p. 10-11), o qual recomenda que o empregador

Conduza revisões de treinamento regulares com todos os trabalhadores expostos potencialmente em locais de trabalho onde drogas perigosas são usadas. Busque respostas, relativas à qualidade e efetividade do programa de prevenção, de trabalhadores que lidam com drogas perigosas e de outros trabalhadores potencialmente expostos. Use essas respostas dos trabalhadores para fornecer o equipamento mais seguro possível e condições para minimizar as exposições. Essa abordagem é a única abordagem de saúde pública prudente, já que concentrações seguras para exposição ocupacional a drogas perigosas não foram conclusivamente determinadas.

Das advertências do *NIOSH alert* (2004, p. 4), é possível exigir, ainda, para a efetividade de postura de precaução e/ou prevenção, a realização de exames complementares, pesquisas de mutagenicidade urinária e pesquisas de micronúcleos em linfócitos, que indicariam possíveis alterações cromossômicas. Tais investigações são referidas como de grande valia, complementando os usuais marcadores biológicos

Exposições de trabalhador foram avaliadas por estudos de marcadores biológicos de exposição. Nenhum único marcador biológico foi encontrado como sendo um bom indicador de exposição para drogas perigosas ou um bom previsor de efeitos adversos para a saúde [...] notaram que 11 dos 12 estudos relataram Ciclofosfamida na urina de trabalhadores de serviço de saúde testados, indicando exposição contínua apesar das precauções de segurança.

Em face da eventual alegação de ausência de norma interna impondo esses cuidados, não é demais lembrar a existência de expressa previsão legal admitindo o direito comparado como fonte subsidiária do Direito do Trabalho brasileiro – art. 8º da CLT.

Também é importante observar que o texto constitucional não deixa margem aos aplicadores do direito, para que simplesmente ignorem direitos fundamentais – no caso, meio ambiente do trabalho, saúde e vida dos trabalhadores – constitucionalmente previstos. Antes disso, no art. 5º, § 1º, expressamente estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

A persistência da omissão ou do descaso com a monitorização biológica para avaliação dos riscos da exposição ocupacional na manipulação de quimioterápicos é inaceitável. Também é inaceitável que, considerando as diferentes fontes de contaminação presentes no ambiente de trabalho (superfície de trabalho, ar, frascos de medicamentos e material utilizado no preparo e administração) – todas mensuráveis por meio de monitorização ambiental –, continue-se a negligenciar o acompanhamento da contaminação do ambiente de trabalho, que poderia minimizar os riscos da exposição por meio de medidas corretivas.

Esses são cuidados que encaminhariam o exercício dessa atividade, que é repleta de riscos gravíssimos, para a redução dos agravos do trabalho (CF, art. 7º, XXII). A postura de prevenção e/ou precaução deve ser exigida especialmente em relação a doenças profissionais que, por serem insidiosas, devem ser reportadas até mesmo ante a mais tênue suspeita (CLT, 169). Representam, portanto, alternativas viáveis de proteção ao meio ambiente e à saúde (CF, 170, VI, 196, 225, *caput* e § 3º), particularmente do meio ambiente do trabalho, conforme assegurado no art. 200, VIII, da Constituição.

Medidas como as aqui referidas, no campo do Direito Material do Trabalho, emprestariam à ideia constitucionalizada de dignidade da pessoa humana – como valor ou princípio – um sentido de normatividade e cogência, e não de mera cláusula retórica, de estilo, com assento constitucional, ou inócua manifestação de bons propósitos. Tal disposição, ao contrário, especialmente em relações assimétricas, reveste-se

de verdadeira força vinculante, de caráter jurídico, apta a disciplinar as relações sociais como fonte de direitos.

5.3 • As tutelas judiciais e administrativas devem priorizar o aspecto inibitório da exposição a agravos

Depois de ter discorrido com certo vagar sobre aspectos do Direito Material do Trabalho, notadamente no que diz respeito à necessidade de uma postura de prevenção e/ou precaução em relação aos profissionais de saúde expostos aos riscos das substâncias quimioterápicas, nesse tópico serão indicadas, brevemente, algumas questões afetas ao aspecto processual ou procedimental para a tutela daquele direito.

Conforme já sublinhado, o relevo da questão ambiental foi destacado no art. 225 da Constituição, que incumbiu ao Poder Público o controle de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (§ 1º, V), e sujeitou os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano causado:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dando concretude aos ditames constitucionais, a ordem jurídica, nas esferas administrativa e judicial, dispôs uma série de instrumentos que viabilizam o eficiente enfrentamento do problema da sonegação do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido.

Esmiuçando esses instrumentos, alguns deles bastante complexos e de discutível efetividade, Melo (2006) relaciona as seguintes possibilidades de prevenção e tutela do meio ambiente de trabalho: estudo prévio de impacto ambiental, negociação coletiva, Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, embargo e interdição de estabelecimentos, greve ambiental, Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, Serviços Especializados em Engenharia e em Medicina do Trabalho, Equipamentos de Proteção Individual, Perfil Profissiográfico Profissional, Inquérito Civil, Termo de Ajustamento de Conduta, Audiência Pública, Recomendações, Ação Civil Pública Ambiental, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, e Dissídio Coletivo.

São variadas as tutelas judiciais disponíveis, que podem conduzir ao objetivo aqui defendido, de priorizar o aspecto inibitório da exposição a agravos à saúde do profissional de saúde sujeito a agravos, todas decorrentes do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Assim, em regra, a prioridade deve estar concentrada na tutela inibitória, buscando evitar o ilícito, conforme apresentado por Marinoni (1997, p. 62):

A técnica da tutela inibitória, de fato, é voltada para o futuro; não tem por escopo reparar um direito já violado. O que diferencia, nitidamente, a tutela inibitória da tutela ressarcitória, é que a primeira objetiva evitar o ilícito, enquanto que a segunda proporciona apenas a reparação pela violação do direito.

Tudo isso sem prejuízo de eventual pedido de compensação pelos danos já causados – tutela ressarcitória –, em que o valor do adicional, como resposta ao agravo, deveria compreender o que o trabalhador perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar.

Tratando-se de prática ilícita, a fixação da compensação pelo agravo à saúde deveria ser acrescida de parcela com o propósito de desestímulo, pois a conduta causa evidente desequilíbrio social, com efeitos deletérios inclusive sobre os recursos públicos destinados à saúde e à previdência.

No âmbito específico das possibilidades de atuação do Ministério Público do Trabalho, e sem que haja a pretensão, por ora, de aprofundar essa abordagem, é necessário registrar que o *Manual de Atuação do Projeto Saúde na Saúde*, da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades na Administração Pública (Conap) sugere a instauração de procedimento promocional em relação aos municípios e estados, cujas unidades de saúde devem ser inspecionadas (ÁSFORA; CAVALHEIRO, 2014).

O manual também sugere que, antes da abertura do procedimento investigatório, sejam realizadas audiências públicas com a participação dos entes públicos, sendo estes representados pelos prefeitos, pelos secretários de saúde e pelos gestores das unidades de saúde, assim como dos parceiros. Esses eventos teriam a finalidade de explicar a importância da aplicação das normas que tratam da saúde, da segurança e da higiene do profissional de saúde, bem como esclarecer os meios de adequação do meio ambiente laboral aos dispositivos das normas jurídicas que tratam sobre a matéria.

Ao final do evento, o manual sugere a entrega de notificação recomendatória que indique as adequações a serem realizadas e o prazo a ser concedido.

Vencido o prazo da notificação recomendatória, deve ser realizada fiscalização *in loco* para verificar as modificações realizadas no meio ambiente laboral, com a finalidade de certificar as adequações realizadas.

Caso sejam consideradas insatisfatórias as condições ou adequações, deve ter início o procedimento administrativo, em busca de uma composição por meio da pactuação de termo de ajuste de conduta.

Caso não seja alcançada a solução extrajudicial, resta ao membro do Ministério Público do Trabalho ajuizar ação civil pública perante o Poder Judiciário trabalhista.

A ação civil pública e o termo de ajuste de conduta, nas esferas judicial e administrativa, respectivamente, são instrumentos jurídicos por meio dos quais o Ministério Público do Trabalho pode perseguir os objetivos de adequar a conduta.

Por fim, faz-se o registro de que existem ainda outras duas possibilidades interessantes, que não serão exploradas neste estudo: a promoção do mandado de injunção pelo Ministério Público do Trabalho (art. 83, X, da LC n. 75/1993 c/c art. 5º, LXXI da Constituição), uma vez que, conforme se demonstrou, há omissão nas normas do Ministério do Trabalho e Emprego; e, eventualmente, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo procurador-geral da República ou por um dos outros legitimados do art. 103 da Constituição, na forma da Lei n. 9.868/1999, alterada pela Lei n. 12.063/2009.

Assim, justamente pelo fato de o tema se desenvolver em ambiente de grande risco e preocupantes incertezas quanto à segurança dos trabalhadores, surge como pertinente a convocação do *Manual de Atuação do Projeto Saúde na Saúde* (ÁSFORA; CAVALHEIRO, 2014). Não há dúvida de que se mostra imperiosa a necessidade de atuação estratégica dos membros do Ministério Público do Trabalho, com o escopo de efetivamente alterar a realidade na qual os trabalhadores das unidades hospitalares estão inseridos e buscar o respeito ao direito fundamental à realização do labor em meio ambiente onde os riscos inerentes ao trabalho sejam eliminados, neutralizados ou minimizados.

6 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo se iniciou com considerações acerca da contribuição do químico e biólogo francês Louis Pasteur ao incremento da expectativa de vida dos seres humanos, em meados do século XIX, e da evolução proporcionada por cientistas, pela medicina e pela indústria farmacêutica.

Essas inovações, evidentemente, são saudadas por todos. A opção pelo tratamento, em cada caso, num contexto de autonomia e responsabilidade quanto à decisão, demanda considerações estatísticas acerca de custos e benefícios da intervenção. É diversa, todavia, a situação dos profissionais que manipulam esses medicamentos. Embora os efeitos da exposição aos antineoplásicos sejam comparáveis àqueles apresentados por pacientes em tratamento, esses profissionais não usufruem dos benefícios dessas drogas. E o setor hospitalar corresponde à atividade responsável pelo maior número de notificações de acidentes de trabalho.

Assim, é inadmissível que nos portemos, nessa questão, como o “remédio”, ou a “vizinhança” indiferente, da irônica metáfora de Mia Couto, que “é muito boa, mas só se apresenta quando há doença”.

Em termos jurídicos, esses trabalhadores também devem ser alcançados pela garantia de um meio ambiente de trabalho hígido, empregando os princípios da prevenção e/ou da precaução. E o ajuste nas práticas é possível se utilizados tanto a experiência das normas de proteção de outras categorias, expostas a riscos semelhantes, quanto os estudos e recomendações de instituições de pesquisa. Essas medidas citadas podem conduzir à concretização do propósito jurídico que anima esta investigação: estender o princípio da dignidade da pessoa humana no trabalho também aos profissionais expostos a drogas de risco.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ANVISA. *Bulário eletrônico*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/davisa/fila_bula/index.asp>. Acesso em: 31 jan. 2014.

ÁSFORA, Marcela de Almeida Maia; CAVALHEIRO, Ruy Fernando Gomes Leme. *Saúde na saúde: manual de atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2014.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Anuário Estatístico 1: AEPS traz dados de acidentes do trabalho em 2011*. Disponível em: <http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=48094&ATV-D=1&DNI=25/10/2012&H1=15:49&xBotao=0>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CLÉBICAR, Tatiana. José de Alencar diz que tratamentos de quimioterapia tornam pacientes cobaias. *Extra Digital*, 27 nov. 2008. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/jose-de-alencar-diz-que-tratamentos-de-quimioterapia-tornam-pacientes-cobaias-617316.html#ixzz2s0vRJqPR>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

COSTA, Ediná Alves. Vigilância sanitária e proteção da saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública*. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DARONCHO, Leomar. *Adicional de insalubridade: entre a monetização da saúde do trabalhador e o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido*. 2012, 95 p. Monografia (Especialização em direito sanitário). Programa de Direito Sanitário, Fundação Oswaldo Cruz. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/browse?type=author&value=Daroncho,+Leomar>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alessandro et al (Coord). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIODA, Ricardo Soares. *Monitorização ambiental de fármacos citotóxicos*. Porto Alegre, 2010, 65 p. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Programa de Pós-Graduação em Medicina, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/26924/000762596.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

HART, Michael H. *As 100 personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. Tradução de Antônio Canavarro Pereira. 6. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

INCA. *Diretrizes para a vigilância do câncer relacionado ao trabalho*. Rio de Janeiro: Inca, 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/diretrizes_vigilancia_cancer_trabalho.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARTINS, Isarita; DELLA ROSA, Henrique Vicente. Considerações toxicológicas da exposição ocupacional aos fármacos antineoplásicos. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 118-125, abr./jun. 2004.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIOSH. *Niosh Alert: Preventing Occupational Exposures to Antineoplastic and Other Hazardous Drugs in Health Care Settings*. Columbia: Niosh, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenização por acidente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

PELEGRINO, Antenor. *Segurança e higiene do trabalho rural*. Tupã: ASL, 1988.

RAMAZZINI, B. *As doenças dos trabalhadores*. São Paulo: Fundacentro, 2000.

RIBEIRO, Herval Pina; LACAZ, Francisco Antonio de Castro. *De que adoe-cem e morrem os trabalhadores*. São Paulo: Diesat/Imesp, 1984.

ROUQUAYROL, Maria Zélia. *Epidemiologia e saúde*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1988.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. São Paulo: LTr, 2007.

A execução provisória em sede de ações coletivas para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho

Melina de Sousa Fiorini

Procuradora do Trabalho

“Para quem ganhou a causa, a sentença não é senão uma etapa, importante decerto, mas que em si nada mais representa que uma satisfação acadêmica; o que conta, para ele, é menos o dia em que se profere a sentença do que aquele em que ele recebe a soma devida. No pensamento do jurisdicionado, o *imperium* é inseparável da *jurisdictio*: constitui o complemento natural dela. Os juristas começam a tomar consciência disso; eis porque, mais que outrora, a execução das decisões judiciais – e uma execução rápida – se converte em preocupação judiciária que se integra ao processo civil” (Roger Perrot).

Sumário: 1 Introdução. 2 Microssistema processual coletivo. 3 Cumprimento provisório da sentença em sede de ações individuais na Justiça do Trabalho. 4 Cumprimento provisório da sentença em sede de ações coletivas. 4.1 O Ministério Público do Trabalho e a tutela coletiva de direitos e interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho. 5 Conclusão.

1 • Introdução

O presente artigo pretende abordar os aspectos legais da execução provisória de decisões proferidas em sede de ações coletivas para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos trabalhistas no âmbito da Justiça do Trabalho. A relevância da matéria está no espaço que essas ações têm alcançado na busca da efetivação dos direitos sociais trabalhistas, por meio de um tratamento coletivo dos conflitos trabalhistas que têm uma origem em comum.

É sabido que as ações coletivas são regidas pelo que a doutrina denominou de microsistema processual coletivo, constituído por normas que, de forma integrada, regem o procedimento daquelas ações.

A norma do art. 97¹ do CDC prevê que a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82² do mesmo código. Assim, uma interpretação precipitada levaria à conclusão de que a norma da CLT que prevê a possibilidade de execução provisória seria de imediato aplicável à espécie, restringindo a execução provisória à efetivação da penhora, nos termos do art. 899³ da CLT.

Ocorre que, apesar da existência de norma celetista específica sobre a execução provisória, bem como da norma de retenção trazida nos arts. 769 e 889⁴ da CLT, necessário reconhecer a incidência daquele mesmo microsistema processual coletivo na espécie, de modo que se aplicam as normas dos arts. 520 e 521 do CPC/2015, que preveem a possibilidade de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real quando o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem (art. 521, I), e/ou o credor demonstrar situação de necessidade (art. 521, II), sem prestação de caução, em face da natureza

1 “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

2 “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

3 “Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

4 “Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

alimentar dos direitos e interesses defendidos, interpretação esta mais compatível com a tutela.

2 • Microssistema processual coletivo

Em virtude da ausência de uma norma processual específica, o processo coletivo tem sido regido pelo que a doutrina denominou de “microssistema processual coletivo”, espécie de conjunto normativo que, de forma integrada, rege as ações coletivas atualmente.

Importa ressaltar que o surgimento das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro decorreu da necessidade da prestação pelo Estado de uma adequada solução dos conflitos de massa inerentes à sociedade contemporânea. Trata-se, na verdade, de uma garantia ao amplo acesso das coletividades à adequada prestação da tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV⁵, da Constituição Federal, que pressupõe os meios mais amplos e satisfatórios possíveis para a solução justa e razoável dos conflitos.

Logo, pelas características e peculiaridades dos direitos transindividuais, inclusive e principalmente dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se pode conceber uma visão individualista dos diversos institutos jurídicos processuais existentes, sob pena de torná-los insuficientes para uma adequada instrumentalização dos direitos coletivos em sentido amplo, cuja natureza e escopo social são ontologicamente diversos dos direitos individuais.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti trazem a seguinte ressalva:

A tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam mais bem atendidos se compreendidos como coletivos para fins de tutela, caso específico dos direitos individuais homogêneos. A disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto, estabelecida

5 “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

no Título III do CDC, que representa, por ora, o “Código Brasileiro de Processos Coletivos”. Chega-se a essa conclusão, como foi visto, pela interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP e a do art. 90 do CDC. (DIDIER JR.; ZANETI, 2008, p. 51).

Assim é que, para os mesmos autores, o caminho a ser traçado a fim de solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, deve ser mais ou menos o seguinte:

a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal n. 7.347/1985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória; b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão. (DIDIER JR.; ZANETI, 2008, p. 55).

Neste ínterim, as normas que não tratam especificamente do processo coletivo serão aplicadas como diplomas residuais, como o CPC, a própria CLT, observando-se ainda a técnica mais compatível com aquele sistema. Logo, muito importante é saber qual norma deve reger a tutela de direitos coletivos, com atenção à diversidade de ações coletivas previstas no ordenamento jurídico, a fim de tentar uniformizar a aplicação das regras impostas pelo microssistema de tutela coletivo surgido com a promulgação do CDC, e, posteriormente, na ausência de disposições específicas de natureza coletiva, como no caso da execução provisória, a resolução é a busca do melhor tratamento legislativo trazido em outra norma, que, no caso, é o tratamento legislativo trazido pelo CPC.

Na visão de Zavascki, citado por Juarez Gadelha Barbosa Junior em artigo sobre o tema, essa perfeita integração reflete o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, reforçando, ainda mais, a autonomia do direito processual coletivo comum brasileiro na defesa dos interesses, sejam de massa, sejam coletivos. Segundo este mesmo autor,

Este princípio caracteriza-se pela interligação dos sistemas processuais da LACP e do CDC, criando o chamado microssistema processual coletivo brasileiro, sendo aplicáveis indistintamente a um e ao outro

reciprocamente, conforme artigos 90 do CDC e 21 da LACP, bem como a qualquer outro direito coletivo que não tenha regra específica. Não se pode esquecer que outras leis infraconstitucionais regram direitos coletivos, seja como direito material, seja como direito processual, tais como: a lei de ação popular (Lei 4.717/65); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); a lei dos deficientes físicos (Lei 7.853/89); a lei dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89); a lei defesa da ordem econômica e da livre concorrência (Lei 8.884/94); a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03); o Estatuto dos Torcedores (Lei 10.671/03); o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001); a lei de biossegurança (Lei 11.105/05), dentre outras. Essas leis devem utilizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) como norma processual geral, a Lei de Ação Civil Pública (LACP) como norma complementar integrativa e o *Código de Processo Civil (CPC) como norma geral da ciência processual e como fonte subsidiária do processo coletivo, respeitadas as peculiaridades das relações de consumo que são regidas especificamente pelo Título III do CDC, bem como qualquer outra regra específica.* (BARBOSA JÚNIOR, 2010). [Grifo nosso].

Feitas essas considerações preliminares sobre o microsistema processual coletivo, passa-se à análise da execução provisória em sede de ações individuais na Justiça do Trabalho.

3 • Cumprimento provisório da sentença em sede de ações individuais na Justiça do Trabalho

A doutrina hodierna pontua que a expressão “execução provisória” é equivocada, pois a provisoriedade não é das medidas dela decorrentes – porque estas provocam efeitos definitivos –, mas do ato jurisdicional em que se escora a execução chamada provisória. Assim, a provisoriedade não está na execução, sempre definitiva, mas apenas e tão somente no título que a aparelha (COSTA, 2009).

A execução provisória na CLT possui regramento no sentido de limitar a execução até a penhora. Trata-se de procedimento previsto para o processo individual. Eis a norma do art. 899 da CLT: “os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

O antigo CPC, de 1973, já vinha sofrendo constantes alterações legislativas no sentido de garantir a efetividade do processo, tendo a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, alterado de modo significativo a sistemática da execução provisória, tratada na norma do art. 475-O daquele código. Ainda, nos anos de 2005 e 2006, o processo civil sofreu uma onda de reformas, com mudanças extremamente sensíveis, que trouxeram à tona o denominado processo sincrético. Eliminou-se então a necessidade de duas ações autônomas, a de conhecimento e a de execução, com a transformação desta em apenas uma fase daquela.

Em relação ao tema da execução provisória, o CPC traz a seguinte norma:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I - quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

I - sentença ou acórdão exequendo;

- II - certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;
- III - procurações outorgadas pelas partes;
- IV - decisão de habilitação, se for o caso;
- V - facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

Conforme muito brilhantemente ressaltou Marcelo Freire Sampaio Costa,

[...] a edição da Lei n. 10.444/2002 constitui-se num verdadeiro marco evolutivo hodierno da execução provisória, tendo sido capaz de modificar por completo a configuração desse instituto, notadamente transmutando a natureza jurídica de mero instrumento de cores cautelares para conferir capacidade de satisfazer antecipadamente a pretensão material do exequente. (COSTA, 2009, p. 61).

Assim é que, segundo Teori Albino Zavascki, citado por Marcelo Freire Sampaio Costa, a execução provisória permite o acesso à tutela jurisdicional executiva quando ainda pendente de confirmação pelo Tribunal a sentença que definiu a norma jurídica individualizada objeto de cumprimento, concluindo aquele mesmo autor que execução provisória é “a antecipação da eficácia executiva da sentença e de outros provimentos jurisdicionais, em obediência ao momento e grau de maturidade entendido pelo legislador como adequado” (COSTA, 2009, p. 56).

O novo CPC, tecnicamente mais adequado ao tratar do tema cumprimento provisório da sentença, foi além ao ampliar as hipóteses de dispensa de caução, antes exigida para créditos de natureza alimentar ou decorrentes de ato ilícito que superassem o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, em sintonia com os reais anseios de um processo efetivo. Assim, em relação ao tema, as normas dos arts. 520 e 521 preveem:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

[...]

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Art. 521. *A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:*

I - *o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;*

II - *o credor demonstrar situação de necessidade;*

III - *pender o agravo do art. 1.042; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)*

IV - *a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.*

Parágrafo único. *A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. [Grifos nossos].*

A norma do CPC revogado, art. 475-O, já havia ganhado adeptos na doutrina e jurisprudência trabalhistas, e vinha sendo aplicada de forma crescente no processo do trabalho, em ações individuais, não obstante alguma resistência por parte da jurisprudência, inclusive do TST, calcada na restrição trazida pela norma celetista (que limita a execução à penhora).

Não há como deixar de considerar que a aplicação daquela norma na Justiça do Trabalho é consentânea com os princípios constitucionais do processo, como o princípio da efetividade, do acesso à justiça, da razoável duração do processo, entre outros, bem como da busca efetiva de resultados. Assim é que, “o processo civil de resultado consiste precisamente em uma adequação de seus instrumentos e suas técnicas aos objetivos a realizar, de modo que os efeitos substanciais externos da experiência processual sejam justos e efetivos” (DINAMARCO, 2002, p. 757).

No mesmo sentido, Giuseppe Chiovenda, citado por Ricardo Geraldo Rezende Silveira, já afirmava que o processo deve ser um “processo de resultados”, isto é, que contemple instrumentos adequados que assegurem a utilidade prática de suas decisões (SILVEIRA, 2012, p. 25).

Assim é que, na II Jornada de Execução Trabalhista promovida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, foi editado o Enunciado n. 10, cujo teor é o seguinte:

APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NA EXECUÇÃO TRABALHISTA. É cabível a liberação de crédito trabalhista até o li-

mite de 60 salários mínimos, com base no art. 475-O, III e §2º, I, do CPC, independentemente de caução e do trânsito em julgado da decisão, face à natureza alimentar do crédito.

Todavia, em sentido contrário ao entendimento ora defendido, com notável prejuízo à utilidade e efetividade do processo, data máxima vênia, o Tribunal Superior do Trabalho não acolhia referida tese, conforme é possível verificar no *Informativo TST Execução* n. 14, referente ao período de 14 a 27 de abril de 2015:

Execução provisória. Inaplicabilidade do art. 475-O do CPC. Incompatibilidade do levantamento do depósito recursal com o Processo do Trabalho. Existência de norma específica. Art. 899, *caput*, e §1º, da CLT. A execução provisória de sentença trabalhista somente é permitida até a penhora, conforme o art. 899, *caput* e § 1º, da CLT, de modo que a autorização judicial para o levantamento dos valores depositados, nos termos do art. 475-O do CPC, é incompatível com o Processo do Trabalho. Havendo regramento específico, a aplicação subsidiária da norma de processo civil não é admitida. Com esse entendimento, a SBDI-II, por unanimidade, conheceu do recurso ordinário e, no mérito, deu-lhe provimento para conceder a segurança pleiteada e determinar que a execução provisória seja processada nos moldes do art. 899 da CLT. TST-RO-7284-66.2013.5.15.0000, SBDI-II, rel. min. Douglas Alencar Rodrigues, 14.4.2015.

Verifica-se que o argumento principal da não aplicação da norma do CPC ao Processo do Trabalho, em ações individuais, é a existência das normas de retenção (princípio da subsidiariedade), especificamente daquelas previstas nos arts. 769 e 889 da CLT.

Todavia, felizmente, parece que a mais alta Corte trabalhista recuou em relação ao entendimento adotado, na medida em que, ao editar a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, deixou de consignar expressamente a aplicabilidade ou não das normas dos arts. 520 e 521 do CPC/2015 ao Processo do Trabalho, dando margem à prevalência da tese aqui defendida.

E tal entendimento é o que mais se harmoniza com a almejada efetividade da execução trabalhista, por facilitar e agilizar a persecução e concretização do crédito trabalhista, de natureza nitidamente alimentar

(art. 100, §1º, da CF/1988⁶), o qual é decorrente do trabalho humano, cujos valores sociais constituem fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/1988⁷).

Ainda na vigência do antigo CPC, este era o entendimento que predominava no Tribunal do Trabalho da 3ª Região, conforme se verifica em inúmeros julgados, dos quais se destacam⁸:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ART. 475-O DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO. As inovações legislativas pertinentes à execução provisória inseridas no CPC aplicam-se ao processo trabalhista, sendo possível a liberação de numerário, mesmo diante da provisoriedade da execução, em face do que dispõe o art. 475-O do CPC. Nos termos do referido dispositivo legal, a execução provisória far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, sendo certo que, em seu inciso III, há expressa referência à possibilidade de “levantamento de depósito em dinheiro”. Presumido o estado de necessidade do exequente, dado o caráter alimentar da verba e o reconhecimento de seu estado de miserabilidade legal, é dispensável a caução a que se refere aquele artigo. (Autos 0065200-19.2008.5.03.0113 AP, 7ª Turma, relator des. Marcelo Lamego Pertence, publicação em 18.10.2013 e divulgação em 17 out. 2013, *DEJT*, pág. 97).

EMENTA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA – LIBERAÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL – ART. 475-O DO CPC – APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO – O art. 475-O do CPC é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, não só pela autorização contida no

6 “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 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”.

7 “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:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”.

8 Disponíveis em <www.trt3.jus.br>. Acesso em: out. 2013.

art. 769 da CLT, mas também porque a natureza do crédito trabalhista se harmoniza com normas de índole protetiva que visem à otimização do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. *Assim, sempre que o Processo Civil, em razão das recentes reformas legislativas, visar o aperfeiçoamento dos procedimentos executivos, com o objetivo de se alcançar de forma efetiva a satisfação dos créditos reconhecidos judicialmente, devemos estabelecer a heterointegração do sistema mediante o diálogo das fontes normativas. Como preceituado no dispositivo legal em comento, a execução provisória em si não impede o levantamento da importância, pelo exequente, sem a caução exigida pelo art. 475-O, III, CPC, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, porque dispensável pelo juiz, quando o crédito for de natureza alimentar, e o autor se encontrar em estado de necessidade, conforme art. 475-O, §2º, I, CPC.* Neste contexto, merece provimento o presente agravo, porque atendidos os pressupostos legais. (Autos 0001010-45.2011.5.03.0112 AP, 6ª Turma, relator desembargador Jorge Berg de Mendonça, publicação em 7.7.2013, Divulgação em 5.7.2013, *DEJT*, Pág. 264).

EMENTA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA – LEVANTAMENTO DE VALORES – ARTIGO 475-O DO CPC – O artigo 475-O, do CPC, é aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista (art. 769/CLT), que, tendo como objetivo a satisfação de crédito de natureza alimentar, busca sempre meios que garantam a celeridade de sua tramitação. *Assim, a teor do inciso I, do parágrafo 2º, do citado dispositivo, está autorizado o levantamento de valores até sessenta vezes o salário mínimo, sem caução, relativos a créditos de natureza alimentar, que, no caso, sendo decorrente da relação de emprego faz presumir a situação de necessidade da exequente, autorizando a aplicação da aludida norma processual* (Autos 0002433-08.2011.5.03.0058 AP, 1ª Turma, relator juiz Convocado Paulo Mauricio R. Pires, publicação em 15.6.2012 e divulgação em 14.6.2012, *DEJT*, Pág. 76).

EMENTA: LEVANTAMENTO DE VALORES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. O artigo 475-O do CPC aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho, tendo em vista a natureza especial do crédito trabalhista (alimentar), o que se mostra compatível com normas para aperfeiçoar os procedimentos executivos, visando a efetividade da prestação jurisdicional. Todos têm direito a uma razoável duração do processo, nos termos do inciso LXXVIII da Constituição Federal, tanto mais quando os direitos perseguidos envolvem a subsistência do trabalhador, cuja venda da força de trabalho é um dos meios mais dignos de sobrevivência. Todavia, quando o crédito não se configura como eminentemente como de natureza alimentar, não há amparo legal para o levantamento em execução provisória. (Autos, 10ª Turma, relator des. Marcio Flavio Salem Vidigal, Publicação em 15.12. 2011). [Grifos nossos].

Vale frisar que no evento “Jornada sobre o novo CPC: revisão e aprovação de novos enunciados”, promovido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em 11 de março de 2016, e conduzido pelos juízes Antônio Umberto de Souza Júnior, Alexandre de Azevedo Silva e Maurício Westin Costa – da Comissão Científica de Sistematização dos Enunciados –, os magistrados da 10ª Região analisaram enunciados envolvendo dispositivos do novo CPC relativos à Parte Geral e temas como Tutela Antecipada, Processos de Conhecimento, Execução, Recursos e Ação Rescisória, com destaque para o cumprimento provisório da sentença, tema abordado no Enunciado n. 47, *in verbis*:

Enunciado 47. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO.

O regramento do cumprimento provisório da sentença previsto nos artigos 520, 521 e 522 do CPC é compatível com o processo do trabalho, considerada a natureza alimentar do crédito trabalhista.

É importante que a jurisprudência trabalhista cristalize e absorva tudo aquilo que seja moderno e eficaz, sem muitas amarras com o passado e sem grandes formalidades, que em nada contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, entre os quais se destacam os direitos trabalhistas.

O Direito Processual do Trabalho deve haurir-se na Teoria Geral do Processo, suprimindo as suas lacunas com as regras que tornam a tutela jurisdicional mais efetiva. Não é possível a convivência social com o processo ineficaz e de custo econômico elevado. Não se deve conceber que matérias tão simples gerem tanta seiva discursiva, sem que o empregado receba o que lhe é devido, em face do princípio do acertamento da decisão judicial proferida em primeira e/ou segunda instância, apta a ser executada.

E esse princípio da primazia do acertamento da decisão judicial constituiu-se numa técnica de normatividade voltada a um processo que implemente verdadeiramente os direitos fundamentais de proteção social. Não se pode preferir um paradigma liberal, de ética individualista, visto que insuficiente, diante da eficácia vinculante dos direitos fundamentais sociais, no plano de realização integral.

Daí a importância e dimensionamento do cumprimento provisório da decisão na Justiça do Trabalho com o arcabouço normativo do processo civil, já que historicamente não mais satisfaz o art. 899 da CLT, perante o contexto da complexidade das relações sociais hodiernas, expressão maior da dignidade humana no núcleo da proteção social. A aplicação dos arts. 520 e seguintes do CPC/2015 se impõe pelo magistrado trabalhista para a verdadeira definição de acertamento de proteção social ou, melhor dizendo, de exercício de direito fundamental de proteção social em toda a sua extensão.

Por fim, não é demais ressaltar o entendimento do ministro Maurício Godinho Delgado, conforme ressalva acima mencionada, no voto proferido em acórdão no processo n. TST-RR-265-97.2010.5.03.0048⁹, quanto à aplicabilidade do revogado art. 475-O do CPC, *in verbis*:

Esse dispositivo legal é de indiscutível aplicabilidade no processo do trabalho, não só pelo permissivo contido no art. 769 da CLT, mas, sobretudo, porque a natureza do crédito trabalhista se compatibiliza com normas de índole protetiva que busquem o aperfeiçoamento dos procedimentos executivos, com o objetivo de se alcançar de forma efetiva a satisfação dos créditos reconhecidos judicialmente. A finalidade social da norma é inquestionável, possibilitando a diminuição do impacto sofrido pelo trabalhador que é dispensado sem a percepção de todos os direitos adquiridos ao longo do pacto laboral e é impedido de obter recursos financeiros para suprir necessidades básicas em virtude das várias medidas processuais disponibilizadas às partes, que permitem seja protelado o pagamento das verbas deferidas em juízo. Inconteste o estado de necessidade – ratificado inclusive pela circunstância de o obreiro ter firmado declaração de pobreza nos autos – o deferimento do levantamento de depósitos recursais está em perfeita sintonia com o objetivo das normas trabalhistas.

Ressalte-se que a absorção, pelo processo do trabalho, das regras processuais civis, naquilo que tornam a execução mais rápida e eficaz, tem respaldo ainda no texto constitucional que, no art. 100, § 1º-A, reconhece expressamente a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, e, no art. 5º, LXXVIII, assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Nesse sentido, é nítida a harmonia entre a norma contida no art. 475-O do CPC e os princípios protetores que regem o Direito do Trabalho.

Portanto, não se vislumbra violação ao art. 899 da CLT.

9 Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: fev. 2014.

Logo, não é difícil concluir que a sistemática processual constitucional autoriza, em ações individuais, o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, em cumprimento provisório da sentença, na forma dos arts. 520 e ss. do CPC/2015, c/c art. 769 da CLT, uma vez que o crédito trabalhista decorrente da relação de emprego possui natureza alimentar, acarretando ainda a presunção relativa do estado de necessidade do empregado, pois essa sua condição está na estrutura do Direito do Trabalho, de modo que negá-la é negar o próprio Direito do Trabalho. Feitas essas considerações, passa-se à análise da possibilidade de aplicação da norma processual em comento nas ações coletivas, especificamente aquelas ajuizadas para a defesa de direitos individuais homogêneos.

4 • Cumprimento provisório da sentença em sede de ações coletivas

Quando se pensa no microsistema processual coletivo, o melhor enfrentamento das questões surgidas nas demandas coletivas se dá pela própria integração do sistema jurídico, conforme acima ressaltado. São necessários novos institutos com contornos próprios de modo que as demandas de natureza coletiva possam ser convenientemente solucionadas.

As rápidas e complexas transformações tecnológicas ocorridas nas duas últimas décadas do século XX, sobretudo nos setores da eletroeletrônica e da informática, os efeitos devastadores do capital sobre a força de trabalho sob o enfoque do sistema neoliberal, as reais e presentes flexibilizações do Direito do Trabalho, a exigência de um meio ambiente do trabalho constitucionalmente adequado, entre tantas outras causas desencadearam o surgimento de novos conflitos de massa no mundo do trabalho, exigindo, assim, uma nova postura dos juristas e operadores do direito processual trabalhista, diversa daquela adotada nas lides individuais.

Essa nova postura há de observar como critério norteador a efetivação do acesso – individual e coletivo – dos trabalhadores não apenas ao aparelho judiciário e à democratização das suas decisões mas, sobretudo, a

uma ordem jurídica justa. E a ação coletiva cumpre importante missão no sentido de viabilizar esse acesso. A partir da Constituição de 1988, do CDC, que deu nova redação ao art. 1º, inciso IV, da LACP, e da Lei Complementar n. 75/1993 (art. 83, III, c/c art. 6º, VII, *a e d*), que acabou com a antiga polêmica a respeito da competência da Justiça do Trabalho para a referida ação coletiva, não há mais dúvida de que a jurisdição trabalhista acolhe o sistema coletivo, voltado à tutela preventiva e reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais trabalhistas, quais sejam: os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos definidos no art. 81, parágrafo único, do CDC¹⁰.

O fundamento desse novo sistema de acesso coletivo ao judiciário trabalhista repousa nos princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição. Sobre o tema, pertinentes são as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

Como é sabido, a doutrina processual contemporânea tomou consciência de que o processo não pode ser pensado à distância do direito material. Nessa linha a doutrina fala em efetividade do processo e em tutela jurisdicional dos direitos, sempre preocupada com um processo que seja capaz de dar ao autor o resultado que o próprio direito material lhe outorga. (MARINONI, 2000).

O art. 5º, XXXV, da CF garante a inafastabilidade da jurisdição, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. A partir desta norma, pode-se afirmar que há o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Luiz Guilherme Marinoni afirma, em artigo a respeito, que

10 “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

[...] há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. (MARINONI, 2000).

Disso extrai-se que o direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. O que, nas palavras deste mesmo autor, não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional.

Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Existindo situações de direito substancial e posições sociais justificadoras de distintos tratamentos, a diferenciação de procedimentos está de acordo com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Pelo mesmo motivo, a existência de apenas um procedimento para situações distintas fere o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Importa, assim, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz.

Da mesma forma como ocorre em matéria recursal, a LACP e o CDC regularam minimamente o tema relativo à execução de sentença. Assim, os trâmites a serem observados são aqueles trazidos no CPC, com observância do que a LACP dispôs sobre a legitimidade para a sua promoção, na forma

do art. 15 da Lei 7.347/1985¹¹, ficando implícito aplicar-se o sistema do CPC quanto aos demais trâmites da liquidação e da execução de sentença.

Na hipótese de tutela de direitos individuais homogêneos, a execução pode ser feita tanto pelos colegitimados ativos (na forma do art. 5º da LACP¹² e art. 82 do CDC¹³) como pelos próprios prejudicados ou seus sucessores, em caráter individual, conforme preveem os arts. 97, 98 e 100 do CDC, o que se justifica pelo fato de serem eles os verdadeiros titulares dos direitos, *in verbis*:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

11 "Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados".

12 "Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."

13 "Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear."

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Assim é que, diante da normativa acima mencionada, extrai-se que, tanto os autores coletivos como as vítimas ou seus sucessores poderão requerer a execução do julgado, inclusive a execução provisória, que, neste caso, defende-se seja feita tão somente pelas vítimas ou sucessores, conforme será a seguir demonstrado.

Aqui, necessário registrar que o CDC, no Título III, Capítulo II, que trata especificamente das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, prevê, ainda que implicitamente, a possibilidade da execução provisória, na medida em que, no art. 98, § 1º, prevê que a execução coletiva far-se-á com base em certidão de sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado. Não há que se cogitar, portanto, a aplicação da norma do art. 15 da LACP, que faz ressalva quanto à necessidade do trânsito em julgado da sentença para o início da execução. Assim, qualquer limitação nesse sentido, aplicável à defesa de direitos individuais homogêneos, restringe a efetividade almejada pelo legislador na instituição do procedimento para a defesa daqueles interesses.

Conforme anteriormente explanado, no que concerne ao microsistema processual coletivo, há que se observarem prioritariamente as normas que regem o processo coletivo. Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Para tornar efetiva a garantia constitucional de acesso dos trabalhadores a essa nova jurisdição trabalhista metaindividual é condição necessária a aplicação apriorística direta das normas contidas na CF, LOMPU, LACP e pelo Título III do CDC. Noutro falar, somente na hipótese de lacuna desse novo sistema coletivo de acesso à Justiça (CF – LOMPU – LACP – CDC) ou se algumas de suas disposições forem incompatíveis com os princípios peculiares do processo do trabalho, aí, sim, poderá o juiz do

trabalho socorrer-se da aplicação subsidiária da CLT, do CPC e de outros diplomas normativos processuais pertinentes. (LEITE, 2008, p. 88).

A disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto, estabelecida no Título III do CDC, que representa, por ora, o “Código Brasileiro de Processos Coletivos”. Chega-se a essa conclusão pela interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP e a do art. 90 do CDC, *in verbis*:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Nesse sentido, em tema de proteção a direitos ou interesses metaindividuais (no caso, de direitos e interesses individuais homogêneos, objeto deste estudo), na ausência de tratamento normativo no direito processual do trabalho ou na hipótese de existência de norma cuja técnica procedimental não atenda aos anseios de uma tutela efetiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, como a norma do art. 889 da CLT (que limita a execução provisória até a penhora), opera-se uma inversão da regra clássica do art. 769 da CLT, para então garantir-se a aplicação das normas mais consentâneas com o espírito e vontade dos princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da efetividade, que, no caso do cumprimento provisório da sentença, são aquelas previstas nos arts. 520 e 521 do CPC/2015, conforme se sustentou inclusive para ações nitidamente de caráter individual.

Ademais, a própria norma do art. 90 do CDC remete à aplicação subsidiária do CPC. Em relação ao tema, vale destacar o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.318.917- BA, cujo relator foi o ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 12 de março de 2013¹⁴, ainda sob a vigência do antigo CPC:

14 REsp 1.318.917-BA, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12.3.2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: dez. 2013.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA SITUAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA EXEQUENTE PARA A APLICAÇÃO, EM PROCESSO COLETIVO, DA DISPENSA DE CAUÇÃO PREVISTA NO ART. 475-O, § 2º, I, DO CPC.

No âmbito de execução provisória em processo coletivo, para a aplicação da regra constante do art. 475-O, § 2º, I, do CPC — que admite a dispensa de caução para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado —, deve o magistrado considerar a situação individual de cada um dos beneficiários. Primeiramente, além de o STJ já ter admitido o cabimento de execução provisória no âmbito de processo coletivo, essa espécie de execução deve ocorrer nos termos da lei processual geral (CPC), diante da lacuna da legislação específica, o que implica possibilidade de aplicação das regras constantes do art. 475-O do CPC em processos coletivos. Nesse contexto, cabe mencionar que, nos termos da lei processual geral, a execução provisória depende, em regra, de caução prestada pelos exequentes (art. 475-O, III). Contudo, se atendidos os requisitos estabelecidos pelo § 2º, I, do art. 475-O — crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, crédito de até sessenta salários mínimos e exequentes em estado de necessidade —, a caução poderá ser dispensada. Desse modo, admitida a aplicabilidade do art. 475-O aos processos coletivos, pode-se aferir o modo de aplicação dessas referidas regras processuais — em especial, da regra do art. 475-O, § 2º, I, do CPC — a esse tipo de processo. Nessa conjuntura, à luz da interpretação sistemático-teleológica, a aplicação da regra constante do referido § 2º, I, do art. 475-O do CPC deve considerar a situação individual de cada um dos beneficiários do processo coletivo, e não apenas de um autor coletivo. Isso porque, se, em vez de uma execução provisória coletiva, fossem promovidas diversas demandas individuais, seria possível a cada um dos substituídos o cogitado levantamento de valores sem o oferecimento de caução, desde que atendidos os requisitos do referido artigo. Ora, se a aplicação do art. 475-O, § 2º, I, do CPC não considerar a situação individual de cada exequente, será mais conveniente, nesses casos, o ajuizamento de diversos processos individuais, e não de um único processo coletivo. Pelo contrário, a tutela coletiva deve ser prestigiada como forma de garantir a efetividade do acesso à justiça. Em situações como esta, não permitir o levantamento de valores em dinheiro sem contracautela, levando-se em conta a situação individual de cada beneficiário, implica conferir menor efetividade ao processo coletivo em relação ao individual, o que contraria os propósitos da tutela coletiva. De mais a mais, na ponderação entre o risco de irreversibilidade da medida de levantamento de quantias em dinheiro sem caução e o risco decorrente do não atendimento da necessidade alimentar dos destinatários da ação coletiva, deve prevalecer o *interesse dos hipossuficientes*. [Grifo nosso].

Tal norma do CPC merece guarida no sistema processual coletivo na Justiça do Trabalho, na medida em que, ausente o tratamento legislativo no CDC, especificamente sobre a execução provisória, a norma do CPC atende o escopo desta modalidade de execução (fundada em decisão provisória), que é idêntico ao da definitiva, já que visa à satisfação do direito do credor, embora não de forma definitiva. Isso porque não se pode deixar de mencionar que o tratamento normativo da CLT é dotado de caráter meramente cautelar, não possuindo natureza executória satisfativa, como deve ser.

Os mecanismos processuais devem ser incessantemente estruturados e desenvolvidos para se manterem aderentes à realidade social e, assim, tentarem debelar a chamada “crise de cooperação” decorrente do comportamento omissivo daquele que violou ou ameaçou o direito de outrem, conforme ressalta Almeida (2012) em sua tese de doutorado.

Quer pela complexidade das situações concretas envolvidas, quer pelo largo espectro de interessados compreendidos, a necessidade de o processo dispor de meios adequados de satisfação é potencializada na tutela coletiva.

Por fim, acrescenta-se que o atual estágio de desenvolvimento do processo comum em relação ao processo do trabalho exige a aplicação de normas mais adequadas à efetivação do direito, em atenção aos princípios da efetividade e não retrocesso social.

4.1 • O Ministério Público do Trabalho e a tutela coletiva de direitos e interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, possui legitimidade para a defesa coletiva em juízo de direitos individuais homogêneos, especificamente dos direitos trabalhistas.

Os arts. 127 e 129, incisos III e IX, da CF, combinados com o art. 6º, inciso VII, *d*, e art. 83, incisos I e III, da LC 75/1993¹⁵, autorizam essa

15 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função juris-

ilação, por meio de uma interpretação integrada, sistemática, extensiva e teleológica, no sentido de que quaisquer interesses individuais homogêneos constituem matéria de ordem pública e de interesse social, principalmente aqueles direitos dos trabalhadores, sociais por natureza, independentemente de disponíveis ou indisponíveis.

É comum, no âmbito da Justiça do Trabalho, que a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos trabalhistas se faça também pelos sindicatos, que têm a atribuição constitucional de realizar a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria. Trata-se, na verdade, da legitimação concorrente, autorizada, conforme já mencionado, pelas normas da LACP e pelo próprio CDC (art. 5º e art. 82, respectivamente).

Nesse sentido, são várias as demandas que têm sido ajuizadas na Justiça do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos, como por exemplo, ação cuja pretensão é o pagamento integral das verbas rescisórias em virtude de demissão em massa sem a correspondente quitação integral pelo empregador de todas as parcelas devidas, ou o reconhecimento de condições insalubres em determinado setor da empresa e o respectivo pedido de pagamento de adicional de insalubridade, entre tantos outros.

Importa ressaltar que a possibilidade de defesa desses interesses e direitos, que têm natureza individual, decorreu de uma questão de política

dicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

[...]

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;”.

legislativa, já que o sistema projetado pelo legislador brasileiro para a tutela jurisdicional coletiva no País compreende tanto a proteção dos interesses essencialmente coletivos (interesses difusos e coletivos), cujo trato processual deve se dar pela via coletiva, quanto a proteção dos interesses acidentalmente coletivos, cujo trato processual pode se dar pela via coletiva, na forma do art. 81, parágrafo único, III, do CDC.

E justamente pelo papel e repercussão sociais que têm na sociedade é que se tornou possível a tutela coletiva desses interesses e direitos individuais homogêneos trabalhistas. Conforme já ressaltado no presente artigo, a tutela jurisdicional coletiva de tais interesses desempenha importante função social em nosso ordenamento jurídico, especialmente para ampliação do referido acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e para celeridade e economia processuais (judicialização de pretensões sem conteúdo econômico relevante se isoladamente consideradas, redução do número de ações ajuizadas e observância do princípio da igualdade, ao minorar os riscos de decisões contraditórias, garantindo-se assim maior segurança jurídica).

Por fim, vale registrar que a homogeneidade exigida pela norma do inciso III, parágrafo único, do art. 81 do CDC, ao tratar do conceito de direitos individuais homogêneos, é apenas da fonte do direito material dos indivíduos, ou seja, conforme nos ensina Antônio Gigi, citado por Gustavo Milaré Almeida, “como a homogeneidade decorre tão só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa ou qualitativamente” (ALMEIDA, 2012, p. 83).

Importante registrar que tal interpretação é a mais consentânea com o propósito de molecularização dos conflitos e da implementação do acesso à justiça, garantia constitucional da própria efetividade do nosso ordenamento jurídico, principalmente porque ainda são inúmeras as decisões judiciais no sentido de limitar esse acesso ao considerar as diferenças quantitativas ou qualitativas como óbice ao tratamento coletivo dos direitos e interesses individuais homogêneos, com a consequente extinção dos processos sem resolução de mérito.

Assim, a homogeneidade prevista no conceito legal de interesses individuais homogêneos diz respeito, apenas e tão somente, à sua origem comum, e não a qualquer questão pessoal individualmente considerada.

Feitas essas considerações, passa-se à demonstração do efeito prático e efetivo da aplicação das normas dos arts. 520 e 521 do CPC/2015 nessas ações civis públicas, incluídas neste conceito as ações civis coletivas, para a defesa de direitos individuais homogêneos trabalhistas.

Não se pode olvidar, quando se trata de execução provisória, do ônus que recai sobre aquele que a requer, *in verbis*:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I – *corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;*

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. [Grifo nosso].

Com efeito, no caso da defesa em juízo pelo Ministério Público do Trabalho de interesses e direitos individuais homogêneos trabalhistas, que têm natureza individual, e principalmente caráter alimentar, como por exemplo, ação civil pública para condenação da ré ao pagamento de verbas rescisórias, diante da possibilidade de levantamento de valores sem a necessidade de caução, conforme tese defendida no presente artigo, entende-se que o pedido de cumprimento provisório da sentença, nesse caso, compete ao indivíduo, diante mesmo da natureza individual que ostenta o direito postulado em juízo e das consequências previstas em lei para o caso de reforma da sentença executada ou sobrevindo acórdão que a modifique ou anule.

Em que pese entendimentos em sentido contrário, na defesa da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o requerimento de execução provisória, data máxima vênua, não se pode deixar de considerar a

natureza dos interesses individuais homogêneos, como típicos direitos individuais. Ademais, em tese, os titulares do direito estão mais qualificados e habilitados para cumprirem as exigências legais à realização de tais procedimentos do que os entes coletivos legitimados. Por fim, a lei expressamente previu os riscos de uma execução provisória.

Porém, tal entendimento é dispensado tão somente em relação à execução provisória para defesa de direitos individuais homogêneos, não se aplicando, em tese, na hipótese de defesa em juízo de direitos difusos e coletivos *lato sensu*, que se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição e mutação no tempo e espaço. E, da mesma forma, não se aplica no caso de execução definitiva, na medida em que a legitimidade individual é concorrente e não disjuntiva à legitimidade coletiva para a execução definitiva de interesses e direitos individuais homogêneos.

No que concerne à diferenciação entre os direitos postulados em juízo em sede de ações coletivas, nem sempre é tão simples fazê-la, o que exige cautela por parte do ente coletivo. A experiência tem mostrado que danos a interesses e direitos difusos e coletivos também acarretam, simultaneamente, danos a interesses individuais homogêneos. E não se olvide que a complexidade dos interesses ora analisados não permite que haja uma divisão estanque como pretendeu o legislador por meio da norma do art. 81 do CDC.

Sobre o tema, e a fim de instigar a discussão, importante colacionar o entendimento de Vicente de Paula Maciel Júnior, embora não seja este o objeto específico do presente artigo, *in verbis*:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão “interesses difusos” foi idealizada tomando por pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados. Entretanto, as circunstâncias, os fatos que atingem a diversos interessados, po-

dem gerar nesses interessados uma mesma vontade em face de um bem. Perceba-se que não é possível identificar os diversos interessados, visto que as repercussões do fato, suas circunstâncias atingiram um número elevado de interessados, não sendo possível identificá-los de plano. Mas o interesse será sempre determinável e dependerá apenas da verificação se, o fato ou suas circunstâncias, atingiu individualmente aquelas pessoas que se manifestaram. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57-58).

E continua o mesmo autor:

A doutrina tradicional, centrada na tese de Ihering, já referida neste trabalho, sempre privilegiou o aspecto subjetivo como critério de classificação dos interesses difusos. A explicação dos interesses difusos sempre se fez a partir da indeterminação dos sujeitos, restando a circunstância de fato como um dado secundário da definição. Entretanto, a perspectiva que melhor esclarece o problema dos interesses difusos é a que parte do fato, de sua repercussão social para a identificação dos diversos sujeitos interessados e atingidos. Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo, estaremos diante de interessados difusos. Se do fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57-58).

Com efeito, uma vez proferida a denominada sentença genérica, que fixará a responsabilidade do(s) réu(s) pelos danos causados, na forma do art. 95 do CDC/1990, caberá aos substituídos requerer a liquidação e a execução de sentença, inclusive provisória, diante da possibilidade de demora da resolução definitiva da demanda, principalmente no caso em que haja interesse recursal aos legitimados ativos, como o sindicato ou o próprio Ministério Público do Trabalho, o que se mostra bastante comum no âmbito da Justiça do Trabalho, como no caso de procedência parcial dos pedidos iniciais.

Nada impede que os trabalhadores, assumindo os riscos de uma futura reforma ou anulação da decisão por acórdão superveniente, requeiram, na forma dos arts. 520 e 521 do CPC/2015, o levantamento de valores depositados em juízo ou a alienação de bens suficientes para quitação dos respectivos direitos, inclusive sem qualquer limitação de valores (prevista no antigo código revogado).

Assim, somente dessa forma, garantir-se-á que a tutela jurisdicional seja, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade, na forma do art. 5º, LXXVIII¹⁶, da CF, sem prejuízo, todavia, à segurança jurídica e ao tratamento igualitário aos sujeitos parciais do processo e, principalmente, ao devido processo legal observado.

5 • Conclusão

É sabido que as ações coletivas são regidas pelo que a doutrina denominou de microsistema processual coletivo, constituído por normas que, de forma integrada, regem o procedimento daquelas ações.

O antigo CPC, de 1973, já vinha sofrendo constantes alterações legislativas no sentido de garantir a efetividade do processo, tendo a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, alterado de modo significativo a sistemática da execução provisória, tratada na norma do art. 475-O daquele código. Ainda, nos anos de 2005 e 2006, o processo civil sofreu uma onda de reformas, com mudanças extremamente sensíveis, que trouxeram à tona o denominado processo sincrético. Eliminou-se então a necessidade de duas ações autônomas, a de conhecimento e a de execução, com a transformação desta em apenas uma fase daquela.

Em relação ao cumprimento provisório da sentença, o CPC/2015, nos arts. 520 e 521, prevê a dispensa de caução quando o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem, ou o credor demonstrar situação de necessidade. Tal norma tem ganhado espaço e tem sido aplicada de forma crescente no processo do trabalho, em ações individuais, não obstante ainda uma resistência de parte da jurisprudência, inclusive do TST, calcada na restrição trazida pela norma celetista (que limita a execução à penhora), na forma do art. 899 da CLT.

Não obstante, não é difícil concluir que a sistemática processual constitucional autoriza, em ações individuais, o levantamento de valores sem

16 Art. 5º, 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”.

caução, até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, em sede de execução provisória, na forma do art. 475-O, § 2º, I, CPC, c/c art. 769 da CLT, uma vez que o crédito trabalhista decorrente da relação de emprego possui natureza alimentar, acarretando ainda a presunção relativa do estado de necessidade do empregado, pois essa sua condição está na estrutura do Direito do Trabalho, de modo que negá-la é negar o próprio Direito do Trabalho.

Quando se pensa no microsistema processual coletivo, o melhor enfrentamento das questões surgidas nas demandas coletivas se dá pela própria integração do sistema jurídico.

A disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto, estabelecida no Título III do CDC, que representa, por ora, o “Código Brasileiro de Processos Coletivos”. Chega-se a essa conclusão pela interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP e a do art. 90 do CDC.

Nesse sentido, em tema de proteção a direitos ou interesses metaindividuais (no caso, de direitos e interesses individuais homogêneos, objeto deste estudo), na ausência de tratamento normativo no direito processual do trabalho ou na hipótese de existência de norma cuja técnica procedimental não atenda aos anseios de uma tutela efetiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, como a norma do art. 889 da CLT (que limita a execução provisória até a penhora), opera-se uma inversão da regra clássica do art. 769 da CLT, para então garantir-se a aplicação da norma mais consentânea com o espírito e vontade dos princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da efetividade, que, no caso do cumprimento provisório da sentença, são aquelas previstas nos arts. 520 e 521 do CPC/2015, conforme se sustenta inclusive para ações nitidamente de caráter individual. Ademais, o próprio sistema de processo coletivo prevê a aplicação subsidiária do CPC.

Por fim, acrescente-se que o atual estágio de desenvolvimento do processo comum em relação ao processo do trabalho exige a aplicação de normas mais adequadas à efetivação do direito, em atenção aos princípios da efetividade e do não retrocesso social.

Dessa forma, busca-se, então, ajustar as técnicas processuais existentes às novas necessidades, reclamações e aspirações sociais, e com isso garantir que o processo tenha plena e total coerência com a realidade sociojurídica, cumprindo sua primordial vocação, que é a de efetivar o ordenamento jurídico, no caso o trabalhista, que alberga verdadeiros direitos humanos fundamentais.

Referências

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de direitos individuais homogêneos análise crítica*. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18102012-134015/pt-br.php>>. Acesso em: out. 2013.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ASSIS, Araken de et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 627 p.

BARBOSA JÚNIOR, Juarez Gadelha. *Direitos coletivos e o microssistema de processo civil coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://juarezgadelha.blogspot.com.br/2010/03/microssistema-de-processo-coletivo.html>>. Acesso em: nov. 2013.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Execução provisória no processo do trabalho: leitura constitucional e em consonância com as Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006*. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; ZANETI JÚNIOR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 757.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 57-58.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. *Execução coletiva: teoria geral e novas perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2012. 320 p.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 272 p.

A complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal: a (i)licitude da terceirização dos serviços públicos de saúde

Priscila Dibi Schvarcz

Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria do Trabalho no Município de Pato Branco – PRT 9ª Região. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

Sumário: 1 Introdução. 2 O Sistema Único de Saúde. 2.1 Do financiamento da saúde pública. 3 A saúde pública municipal. 3.1 Da complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal. 3.2 Exigência constitucional do concurso público *versus* complementação da iniciativa privada no âmbito da saúde pública municipal: sugestão de parâmetros de atuação no âmbito do Ministério Público do Trabalho. 4 Conclusão.

1 • Introdução

A Constituição Federal unificou e democratizou o Sistema Público de Saúde, tendo estabelecido que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, estruturada sobre os princípios da universalidade, equidade, integralidade, descentralização e participação social.

O desenvolvimento do Sistema Único de Saúde (SUS) é, assim, responsabilidade das três esferas de governo, de forma concorrente, tendo a Lei Orgânica da Saúde definido as atribuições de cada uma das instâncias gestoras do sistema.

A partir da análise das atribuições de cada um dos entes que compõem o SUS, objetiva-se, no presente trabalho, definir as ações e serviços de saúde de que todos os municípios são diretamente responsáveis pela

implementação e execução. A fixação de tais atribuições tem por escopo a definição de parâmetros de atuação no sentido de determinar os profissionais da saúde que somente podem licitamente prestar serviços à administração pública municipal, caso devidamente submetidos e aprovados em concurso público.

Objetiva-se, ainda, definir os requisitos legais aptos a tornar lícita a contratação de entidades privadas, com vistas à complementação dos serviços de saúde pública.

Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo-se da análise geral das atribuições de cada uma das instâncias gestoras do SUS, para definir-se a responsabilidade a que estão afetos os municípios no âmbito do Sistema Público de Saúde, e, então, fixarem-se parâmetros de atuação quanto à exigência ou não de submissão dos prestadores de serviços de saúde ao concurso público no âmbito municipal.

Quanto aos métodos de procedimento, aplicou-se o método histórico na investigação do conteúdo, fundamentos e princípios instituidores do Sistema Único de Saúde. Utilizou-se igualmente o método monográfico quando da análise da classificação das ações e serviços de saúde, com vistas a obterem-se os parâmetros mínimos de implementação de responsabilidade direta dos municípios.

O artigo está estruturado em dois grandes tópicos. No primeiro, examina-se o Sistema Único de Saúde, sua estruturação e princípios embasadores, assim como as formas de financiamento da saúde pública brasileira. No segundo, aborda-se a complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal, fixando-se os requisitos que conferem legalidade à instituição dessa complementação. Por fim, analisa-se a compatibilidade entre a exigência constitucional de prévia aprovação e submissão ao concurso público e a admissão, igualmente constitucional, de complementação dos serviços de saúde pela iniciativa privada, de modo a estabelecer as funções mínimas que devem ser prestadas por servidores públicos municipais. Nas considerações finais são apresentadas as conclusões a que se chegou ao longo do transcurso e desenvolvimento do presente estudo.

2 • O Sistema Único de Saúde

O direito à saúde recebeu, pela primeira vez, tratamento constitucional em 1988, tendo sido tratado apenas acidentalmente nas constituições anteriores.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Carta Magna organizou, ainda, o Sistema Público de Saúde, a partir da definição de que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, de forma a constituir um sistema único.

O Sistema Único de Saúde solidifica-se sobre os princípios da universalidade, da equidade, da integralidade – com ênfase nas atividades preventivas –, da regionalização, da hierarquização – a partir da definição de níveis de complexidade crescente, em termos de tecnologia e assistência –, da descentralização – a partir da distribuição de competências às três esferas de governo, gerando um fortalecimento da municipalização – e da participação social.

A Constituição Federal de 1988, portanto, tornou o acesso gratuito à saúde direito de todo o cidadão, já que, anteriormente à sua promulgação, o modelo de atendimento era dividido em três categorias: as pessoas que podiam pagar por serviços de saúde privados, as pessoas que tinham direito à saúde pública por serem seguradas da Previdência Social e as pessoas que não possuíam direito algum (BRASIL, 2009).

Além disso, a implantação do Sistema Único de Saúde unificou o sistema, tendo descentralizado sua gestão, promovendo a transição de um modelo vertical, centrado na doença, mediante a prestação de serviços de cunho nitidamente curativo, para um modelo focado na universalidade e equidade, com priorização das ações de caráter preventivo da saúde (CARVALHO, 2013).

Dessa forma, o Sistema Único de Saúde (SUS) constituído pelas ações e serviços públicos de saúde, envolve, nos termos do art. 4º da Lei 8.080/1990, o conjunto de “ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público [...] e [...] a iniciativa privada [...] em caráter complementar”¹.

2.1 • Do financiamento da saúde pública

Conforme preceitua o art. 198, § 1º, da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde deve ser financiado pelo orçamento da seguridade social das respectivas esferas de governo.

A base de financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195 da Constituição, inclui as contribuições de empregados e empregadores, as contribuições específicas, como a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), e as arrecadações fiscais previstas nos orçamentos da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Com vistas a definir os recursos mínimos a serem aplicados pelas três esferas de governo em ações e serviços públicos de saúde, foi aprovada, em 2000, a Emenda Constitucional n. 29.

A referida emenda constitucional estabeleceu, para as esferas estadual e municipal, que os recursos mínimos a serem aplicados devem ser calculados com base em percentuais do produto da arrecadação de alguns impostos. Para a esfera federal, definiu-se que o cálculo deveria observar os parâmetros instituídos em lei complementar.

A matéria restou disciplinada pela Lei Complementar n. 141/2012, a qual determina que a União aplicará, anualmente, na matéria, o “montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação

1 A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

nominal do PIB ocorrida no ano anterior”, não podendo haver redução do valor, em caso de variação negativa do PIB.

Por sua vez, os estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, “no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157, *a*, I, e o inciso II do art. 159, todos da Constituição Federal”². Por fim, os municípios e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, “no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea *b* do inciso I do *caput*, e o §3º do art. 159, todos da Constituição Federal”³.

3 • A saúde pública municipal

O desenvolvimento do SUS, conforme prevê a Constituição Federal, é de responsabilidade das três esferas de governo, de forma concorrente, em suas respectivas áreas de abrangência, uma vez que o direito universal à saúde é dever do Estado e o financiamento do sistema tem, como fonte conjunta, recursos do orçamento da União, dos estados e dos municípios.

Na Constituição Federal, a saúde vem enumerada entre as competências comuns à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios (art. 23, II), tendo sido, ainda, prevista a competência legislativa concorrente sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, e art. 30, II). Além disso, o art. 30, VII, da CF/1988 dispõe ser de competência do município prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do estado, as atividades destinadas ao atendimento à saúde da população.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990) define as atribuições de cada uma das instâncias gestoras do SUS, determinando competir, em resumo:

a) À União: a formulação da política nacional de saúde, a regulação nacional do Sistema Único de Saúde, o financiamento e a cooperação técnica com estados e municípios, a regulação da relação público/privado, o apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico e de recursos humanos.

2 Art. 6º da Lei Complementar n. 141/2012.

3 Art. 7º da Lei Complementar n. 141/2012.

b) Aos estados: a formulação da política estadual de saúde, o planejamento, a coordenação e o estabelecimento de modelos de atenção à saúde; a supervisão, financiamento e cooperação técnica com as secretarias municipais de saúde; a execução de serviços especializados e a responsabilidade pelo desenvolvimento de recursos humanos.

c) Aos municípios: a formulação da política local; o planejamento, a contratação, a avaliação e o controle dos estabelecimentos de saúde e a execução direta dos serviços.

Dessa forma, por meio da análise da legislação constitucional e infraconstitucional, percebe-se ser o município a esfera de poder que detém a maior parcela de responsabilidade pela execução das ações e serviços de saúde.

Deve-se observar, contudo, que o Sistema de Saúde brasileiro prevê uma rede hierarquizada no que tange à complexidade dos serviços disponíveis à população, de forma que a saúde local deve propiciar atendimento integral, com contribuição técnica e financeira dos estados e da União.

A fim de permitir a construção da mencionada rede hierarquizada, a Lei Orgânica da Saúde estabelece a responsabilidade dos estados em relação aos estabelecimentos hospitalares de referência e à gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (Lei n. 8.080, art. 17, IX) e a competência da direção nacional do SUS para definir e coordenar o sistema de redes integradas de assistência de alta complexidade (Lei n. 8.080, art. 16, III, a) (DALLARI, 2009).

Assim, com fundamento na ideia de hierarquização, as ações e serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, nos termos das Portarias n. 648/2006 e n. 2.488/2011 do Ministério da Saúde, são classificadas como de atenção básica, de média complexidade e de alta complexidade.

Nesse aspecto, a Portaria n. 648/2006 (BRASIL, 2006b), dispõe:

2.1 Compete às Secretarias Municipais de Saúde e ao Distrito Federal:
I - organizar, executar e gerenciar os serviços e ações de Atenção Básica, de forma universal, dentro do seu território, incluindo as unidades próprias e ascendidas pelo estado e pela União;

[...]

III - inserir preferencialmente, de acordo com sua capacidade institu-

cional, a estratégia de Saúde da Família em sua rede de serviços, visando à organização sistêmica da atenção à saúde;

IV - organizar o fluxo de usuários, visando a garantia das referências a serviços e ações de saúde fora do âmbito da Atenção Básica;

V - garantir infra-estrutura necessária ao funcionamento das Unidades Básicas de Saúde, dotando-as de recursos materiais, equipamentos e insumos suficientes para o conjunto de ações propostas;

VI - selecionar, contratar e remunerar os profissionais que compõem as equipes multiprofissionais de Atenção Básica, inclusive os da Saúde da Família, em conformidade com a legislação vigente;

VII - programar as ações da Atenção Básica a partir de sua base territorial, utilizando instrumento de programação nacional ou correspondente local;

VIII - alimentar as bases de dados nacionais com os dados produzidos pelo sistema de saúde municipal, mantendo atualizado o cadastro de profissionais, de serviços e de estabelecimentos ambulatoriais, públicos e privados, sob sua gestão;

IX - elaborar metodologias e instrumentos de monitoramento e avaliação da Atenção Básica na esfera municipal. [Grifos nossos].

Assim, dentro das atribuições dos entes federados na saúde pública, todos os municípios são responsáveis pela atenção básica em saúde, entendida esta, nos termos da Política Nacional de Atenção Básica (Portaria n. 648/GM-2006), como:

Um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e manutenção da saúde. [...] É realizada sob a forma de trabalho em equipe, dirigida a populações de territórios delimitados, pelos quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologia de elevada complexidade e baixa densidade, que deve resolver os problemas mais frequentes [...] e orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade e coordenação do cuidado, do vínculo e continuidade, da integralidade e responsabilização. (BRASIL, 2006a, p. 10).

Além disso, a atenção básica abrange, nos termos da NOB-SUS 01-96⁴, o controle de tuberculose, a eliminação da hanseníase, o controle de hipertensão, o controle de diabetes *melittus*, as ações de saúde bucal, as ações

4 As relações internas entre as três esferas de governo são regidas pelas Normas Operacionais Básicas (NOB) desde 1991. Essas normas operacionais são tornadas públicas por uma portaria assinada pelo ministro de Estado da Saúde.

de saúde da criança e as ações de saúde da mulher, constantes do anexo I da Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS SUS 01/2002.

A atenção básica em saúde também engloba a estratégia de Saúde da Família. Conforme definido pelo Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde (BRASIL, 2014),

A Saúde da Família é entendida como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde. Estas equipes são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias, localizadas em uma área geográfica delimitada. As equipes atuam com ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes, e na manutenção da saúde desta comunidade. A responsabilidade pelo acompanhamento das famílias coloca para as equipes saúde da família a necessidade de ultrapassar os limites classicamente definidos para a atenção básica no Brasil, especialmente no contexto do SUS.

[...]

A Saúde da Família como estratégia estruturante dos sistemas municipais de saúde tem provocado um importante movimento com o intuito de reordenar o modelo de atenção no SUS. Busca maior racionalidade na utilização dos demais níveis assistenciais e tem produzido resultados positivos nos principais indicadores de saúde das populações assistidas às equipes saúde da família.

[...]

As equipes são compostas, no mínimo, por um médico de família, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e 6 agentes comunitários de saúde. Quando ampliada, conta ainda com: um dentista, um auxiliar de consultório dentário e um técnico em higiene dental.

Cada equipe se responsabiliza pelo acompanhamento de, no máximo, 4 mil habitantes, sendo a média recomendada de 3 mil habitantes de uma determinada área, e estas passam a ter corresponsabilidade no cuidado à saúde. A atuação das equipes ocorre principalmente nas unidades básicas de saúde, nas residências e na mobilização da comunidade, caracterizando-se: como porta de entrada de um sistema hierarquizado e regionalizado de saúde; por ter território definido, com uma população delimitada, sob a sua responsabilidade; por intervir sobre os fatores de risco aos quais a comunidade está exposta; por prestar assistência integral, permanente e de qualidade; por realizar atividades de educação e promoção da saúde.

Ademais, a atenção primária, ainda, garante a oferta de serviços ambulatoriais de primeiro nível por postos ou centros de saúde, denominados Unidades Básicas de Saúde ou de Unidades de Saúde da Família, quando o Programa de Saúde da Família está implantado, e em Unidades de Pronto Atendimento (UPA).

A garantia de atenção básica em saúde é de responsabilidade da administração pública municipal. Entretanto, como afirmado anteriormente, com objetivo de melhorar o acesso da população aos serviços de saúde de média e alta complexidade, o SUS sustenta-se sobre os primados da regionalização e hierarquização dessas ações de saúde.

Nesse aspecto, o material *O SUS de A a Z*, versão 2009, elaborado pelo Ministério da Saúde, traz uma relação de grupos que compõem os procedimentos de média complexidade, elencando os seguintes procedimentos (BRASIL, 2009, p. 207):

- Procedimentos especializados realizados por profissionais médicos, outros profissionais de nível superior e nível médio;
- Cirurgias ambulatoriais especializadas;
- Procedimentos traumato-ortopédico;
- Ações especializadas em odontologia;
- Patologia clínica;
- Anatomopatologia e citopatologia;
- Radiodiagnóstico;
- Exames ultrassonográficos;
- Diagnose;
- Fisioterapia;
- Terapias especializadas;
- Próteses e órteses;
- Anestesia.

O mesmo material (BRASIL, 2009, p. 33) define o que se entende por procedimentos de alta complexidade, elencando os seguintes itens:

- Assistência ao paciente portador de doença renal crônica (por meio dos procedimentos de diálise);
- Assistência ao paciente oncológico;
- Cirurgia cardiovascular;
- Cirurgia vascular;
- Cirurgia cardiovascular pediátrica;

- Procedimentos da cardiologia intervencionista;
- Procedimentos endovasculares extracardíacos;
- Laboratório de eletrofisiologia;
- Assistência em traumatologia-ortopedia;
- Procedimentos de neurocirurgia;
- Assistência em otologia;
- Cirurgia de implante coclear;
- Cirurgia das vias aéreas superiores e da região cervical;
- Cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático;
- Procedimentos em fissuras labiopalatais;
- Reabilitação protética e funcional das doenças da calota craniana, da face e do sistema estomatognático;
- Procedimentos para a avaliação e tratamento dos transtornos respiratórios do sono;
- Assistência aos pacientes portadores de queimaduras;
- Assistência aos pacientes portadores de obesidade (cirurgia bariátrica); cirurgia reprodutiva;
- Genética clínica;
- Terapia nutricional;
- Distrofia muscular progressiva;
- Osteogênese imperfeita;
- Fibrose cística e reprodução assistida.

Os procedimentos de média e alta complexidade não podem ser desempenhados nas unidades básicas de saúde, tampouco na atenção primária em saúde, pelos custos ou densidade tecnológica envolvida.

Diante de tal fato, a Portaria GM/MS n. 204/2007 estabeleceu que o financiamento e a transferência dos recursos federais destinados ao custeio das ações e dos serviços de saúde de média e alta complexidade passam a ser transferidos na forma de blocos de financiamento: Recursos MAC (Recursos Média e Alta Complexidade) e Fundo de Ações Estratégicas e de Compensação (FAEC).

Os recursos, conforme dispõe a referida portaria, referentes ao bloco da atenção de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar devem ser utilizados com a consideração de que fica vedada a sua utilização para pagamento de servidores inativos; servidores ativos, com exceção daqueles contratados exclusivamente para desempenhar funções relacionadas aos serviços relativos ao respectivo bloco, previstos no plano de saúde; gratificação de função de cargos comissionados, exceto aqueles

diretamente ligados às funções relacionadas aos serviços concernentes ao atinente bloco, previstos no respectivo plano de saúde; pagamento de assessorias/consultorias prestadas por servidores públicos pertencentes ao quadro do próprio município ou do estado; e obras de construções novas, exceto as que se referem a reformas e adequações de imóveis já existentes utilizados para a realização de ações e/ou serviços de saúde (BRASIL, 2007a).

Fixadas tais premissas, importante, ainda, destacar que, além da responsabilidade do ente público municipal pelas ações e serviços integrantes da atenção básica à saúde, existe a responsabilidade pela constituição e contratação direta dos profissionais necessários à composição da equipe técnica mínima do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), conforme preceitua a Portaria n. 336/2002 – GM/MS (BRASIL, 2002).

A composição do CAPS varia de acordo com a população municipal, estabelecendo-se o CAPS I para municípios com população entre 20.000 e 70.000 habitantes; CAPS II para municípios com população entre 70.000 e 200.000 habitantes; e CAPS III para municípios com população acima de 200.000 habitantes.

O CAPS I, conforme art. 4º, item 4.1.2 da Portaria n. 336/2002 – GM/MS, deve ter como equipe técnica mínima – para atendimento de vinte pacientes por turno e limite máximo de trinta pacientes por dia, em regime de atendimento intensivo – um médico com formação em saúde mental; um enfermeiro; três profissionais de nível superior, entre as seguintes categorias profissionais: psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; e quatro profissionais de nível médio: técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão.

O CAPS II, conforme art. 4º, item 4.2.2 da Portaria n. 336/2002 – GM/MS, deve ter como equipe técnica mínima – para atendimento de trinta pacientes por turno, tendo como limite máximo 45 pacientes por dia, em regime intensivo – um médico psiquiatra; um enfermeiro com formação em saúde mental; quatro profissionais de nível superior, entre as seguintes categorias profissionais: psicólogo, assistente social, enfermeiro, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; e seis profissionais de nível médio: técnico

e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão.

Por sua vez, o CAPS III, conforme art. 4º, item 4.3.2 da Portaria n. 336/2002 –GM/MS, deve ter como equipe técnica mínima – para atendimento de quarenta pacientes por turno, tendo como limite máximo sessenta pacientes por dia, em regime intensivo – dois médicos psiquiatras; um enfermeiro com formação em saúde mental; cinco profissionais de nível superior, entre as seguintes categorias profissionais: psicólogo, assistente social, enfermeiro, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico; e oito profissionais de nível médio: técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão.

3.1 • Da complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal

A Constituição Federal, em seu art. 199, § 4º, autoriza a complementação dos serviços de saúde pública pela iniciativa privada, mediante contrato de direito público ou convênio, desde que observadas as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

A contratação de prestadores de serviços se viabiliza pelos contratos de prestação de serviços (instituição privada com fins lucrativos), convênios (entidades filantrópicas), contratos de gestão (organizações sociais) e termos de parceria (OSCIPs), tendo preferência as instituições de direito privado filantrópicas e as sem fins lucrativos (arts. 24 e 25, da Lei n. 8.080/1990).

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), em seu art. 24, autoriza a participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, “quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”.

Para demonstração da referida insuficiência material – e licitude da complementação da iniciativa privada no âmbito do SUS e, ainda, conseqüente possibilidade de tolerar-se a prestação de serviços públicos por profissionais não aprovados por concurso público –, impõe-se a observância das regras previstas na Portaria n. 1.034/2010 – GM/MS.

A referida portaria (BRASIL, 2010) condiciona a complementação da iniciativa privada ao preenchimento de dois requisitos: comprovação da necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e impossibilidade de ampliação dos serviços (art. 2º).

Para fins de comprovação da necessidade de complementação, é necessária a elaboração do Plano Operativo, no qual deve haver indicação (a) da capacidade instalada da rede própria de ações e serviços de saúde, (b) da definição da oferta necessária, mediante indicação precisa da fração dos serviços de saúde que deverá ser transferida à iniciativa privada, assim como (c) a definição de oferta, (d) o fluxo de serviços e (e) a pactuação de metas (art. 7º), exigindo-se, ainda, que seja o referido Plano (f) aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde e (g) conste no Plano de Saúde respectivo (art. 2º, § 3º).

Neste aspecto, nos termos do art. 36 da Lei Complementar n. 141/2012, importante destacar que a própria prestação de contas efetuada pelo gestor do SUS de cada entidade da Federação depende da elaboração de um relatório detalhado no qual devem constar elementos referentes a: a) montante e fonte dos recursos aplicados no período; b) auditorias realizadas ou em fase de execução no período e suas recomendações e determinações; c) oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada e conveniada, cotejando esses dados com os indicadores de saúde da população em seu âmbito de atuação.

De tal exigência decorre a conclusão de ser o Plano Operativo a que se refere o art. 7º da Portaria n. 1.034/2010 do Ministério da Saúde peça fundamental na política de complementação do serviço público de saúde, sendo condição a legitimar a complementação, assim como indispensável para legitimar e possibilitar a própria prestação de contas do uso dos recursos públicos aplicados na saúde.

Nesse ponto, fundamental ainda destacar-se a Conclusão Técnica Conjunta n. 1 – dos Centros de Apoio Operacional das Promotorias do Patrimônio Público, da Saúde, das Fundações e 3º Setor, do Ministério Público do Estado do Paraná (2011) –, que refere:

O pressuposto do concurso da iniciativa privada na saúde pública é a prévia demonstração, por parte do gestor, através do respectivo plano operativo, ou explicitação equivalente, que dimensione o desnível entre

volume e qualidade de serviços disponíveis em face de determinada demanda existente. Sempre será necessário que o gestor esclareça fática e previamente ter agido com eficiência administrativa e, conforme o caso, ter provido a realização de concurso ou teste seletivo, aquisição de equipamentos, reorganização administrativa geral ou setorial, etc. para atender, com recursos públicos próprios, a atenção à saúde reclamada, evidenciando as razões do insucesso. Após é que estará autorizado, pela ordem, a celebrar contrato ou convênio.

Além disso, imperioso destacar-se que a própria Portaria n. 1.034/2010 não autoriza que toda entidade privada preste serviços de complementação dos serviços públicos de saúde, na medida em que exige o atendimento dos seguintes requisitos (art. 8º):

- a) manutenção de registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);
- b) submissão a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde (PNASS);
- c) submissão à regulação instituída pelo gestor;
- d) obrigação de apresentação, sempre que solicitado, de relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto;
- e) atendimento às diretrizes da Política Nacional de Humanização (PNH); e
- f) submissão ao Controle Nacional de Auditoria (SNA), no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, desde que solicitado.

Cumpridos os requisitos acima delineados, impõe-se, ainda, a realização de processo licitatório, na medida em que a Lei n. 8.666/1993 não exclui de sua abrangência os contratos e convênios firmados com a Administração Pública no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Neste aspecto, refere o art. 116 da Lei n. 8.666/1993:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entida-

des da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Na hipótese, possível a adoção do procedimento de *chamada pública* quando se estabelecer a inexigibilidade de licitação em função da necessidade de o gestor de saúde contratar todos os prestadores de serviços do município ou de uma área delimitada no edital. Assim, o edital de chamada pública objetivará informar todos os prestadores de serviços de uma determinada base territorial o interesse em contratar os serviços de saúde, estipulando o preço a ser pago por cada serviço, sempre tendo como referência a Tabela de Procedimentos do SUS.

Além disso, conforme disposto no *Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde*, para implementação do banco de prestadores, os gestores do SUS deverão instituir uma série de procedimentos visando cadastrar todas as unidades de prestação de saúde interessadas em registrar seus serviços, devendo o estabelecimento de saúde entregar os seguintes documentos para comprovação de suas aptidões para contratar com a Administração Pública (BRASIL, 2007b, p. 23-24):

- Comprovação de cadastramento no Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde;
- Alvará de licença de funcionamento atualizado;
- Alvará sanitário;
- Inscrição municipal;
- Certidões negativas de débito estadual, municipal e federal;
- Contrato social, estatutos, ata das reuniões que os aprovaram;
- Comprovação de cumprimento dos requisitos da filantropia se for o caso;
- Comprovação de que o dirigente da empresa não possua cargo dentro do Sistema Único de Saúde;
- Cédula de identidade ou carteira profissional em caso de pessoa física;

- Cópia da lei que a instituiu, em caso de pessoa jurídica de direito público estatal ou autárquica;
- Registro profissional específico para comprovação de capacidade técnica;
- Documentos que comprovem a disponibilidade de recursos humanos, físicos e equipamentos para a realização do objeto do contrato;
- Apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício;
- Comprovação do cumprimento do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal, que prevê os direitos dos trabalhadores.

Ademais, o art. 55 da Lei n. 8.666/1993 determina como cláusulas necessárias a todos os contratos administrativos, *in verbis*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Dessa forma, para fins de legitimar a complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal, mostra-se necessário, como acima abordado, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) demonstração da necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde, assim como da impossibilidade de ampliação dos serviços pela própria administração pública municipal; b) elaboração do Plano Operativo, com observância dos requisitos previstos no art. 7º da Portaria n. 1.034/2010 – GM/MS; c) aprovação do Plano Operativo pelo Conselho Municipal de Saúde; e d) inserção do Plano Operativo no Plano de Saúde do Município.

Atendidos tais requisitos, restará autorizada a complementação da iniciativa privada na saúde pública municipal, devendo-se ainda, para fins de formalização das contratações: a) realizar-se prévio procedimento licitatório, podendo ser adotada a modalidade de chamada pública, caso o gestor municipal tenha necessidade de contratar todos os prestadores de uma área delimitada do edital; b) garantir-se preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos; c) preverem-se as cláusulas necessárias constantes no art. 55 da Lei n. 8.666/1993, nos contratos a serem celebrados com as entidades privadas; e d) preencherem-se os requisitos previstos no art. 8º da Portaria n. 1.034/2010 – GM/MS pelas entidades privadas a prestarem os serviços de complementação.

Somente em tais casos, a contratação de entidades privadas pelo município, com vistas a complementar os serviços de saúde pública, poderá ser tida como lícita.

Sobre o tema, interessante se mostra a análise feita no *Parecer sobre Terceirização e Parceiros na Saúde Pública*, elaborado em 27 de maio de 1998 pelo então subprocurador-geral da República Wagner Gonçalves:

A interpretação sistemática da Constituição Federal e da Lei nº 8080/90 leva-nos a raciocínio inverso, ou seja:

1º - o Estado deve prestar serviços de saúde diretamente;

2º - quando a capacidade instalada das unidades hospitalares do Estado for insuficiente, tais serviços podem ser prestados por terceiros, ou seja, pela capacidade instalada de entes privados, tendo preferência entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§ 1º, art. 199, CF);

3º - pode prestar tais serviços por intermédio de entidades com fins lucra-

tivos, desde que estas se subsumam às regras do SUS. Aqui também de forma complementar e para que o Estado possa, no atendimento da Saúde pública, utilizar-se também da capacidade instalada destes entes privados.

Daí porque o art. 24 da Lei nº 8080/90 estabelece que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde – SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.

Previu o Sistema, de conseguinte, que otimizada e em pleno funcionamento a capacidade instalada pública de prestação de serviços de saúde, mas sendo esta, em determinada área, insuficiente, seriam chamados, para participar, de forma complementar, a iniciativa privada com sua capacidade instalada, ou seja, com seus médicos, instalações, prédios, equipamentos, *knowhow*, etc.

O que está acontecendo, na prática, com a terceirização dos Serviços de Saúde Pública?

Não há aumento da capacidade instalada, pelo contrário. O Estado transfere suas unidades hospitalares, prédios, móveis, equipamentos, recursos públicos e muitas vezes pessoal para a iniciativa privada, que passa a dispor dos mesmos como se seus fossem, recebendo, em contrapartida, recursos públicos, gerindo-os como se particulares fossem. Não efetua sequer licitação para compra de material? Ora, no âmbito do SUS, quis a Constituição e a Lei nº 8080/90, que a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) ocupasse o papel de simples coadjuvante do Poder Público. Por isso, só excepcionalmente, quando patenteada a insuficiência das disponibilidades estatais, admite-se a participação de entidades privadas na prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS, e, mesmo assim, somente para, com sua capacidade instalada, complementar a atividade estatal, nunca para substituí-la completamente, como vem ocorrendo por intermédio das chamadas terceirizações.

[...]

A Lei nº 8080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS “forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”, hipótese em que a participação complementar “será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.”

Sendo um serviço público, as ações e a execução da prestação dos serviços

de saúde, dentro do âmbito do SUS, estão sujeitas às regras dos arts. 37 e 175 da Constituição Federal, no que se referem à necessidade de prévia licitação, ao recrutamento de pessoal mediante concurso público e ao respeito ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A não ser assim, os tradicionais instrumentos de fiscalização concebidos para evitar o desvio de recursos públicos deixarão de ser aplicados, ficando a União desguarnecida de mecanismos que possibilitem o controle sobre o uso das verbas do SUS. (GONÇALVES, 1998).

3.2 • Exigência constitucional do concurso público *versus* complementação da iniciativa privada no âmbito da saúde pública municipal: sugestão de parâmetros de atuação no âmbito do Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho, sobretudo no âmbito da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (Conap), tem dado ênfase à atuação em face da saúde pública, seja com vistas a garantir um meio ambiente de trabalho hígido e seguro aos profissionais da saúde, por meio do Projeto Nacional Saúde na Saúde⁵, seja com vistas a coibir as terceirizações ilícitas, por meio do Projeto Nacional Atividade-Fim.

A temática tratada no presente trabalho enquadra-se no Projeto Atividade-Fim, o qual objetiva combater a terceirização ilícita no âmbito da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal) e nas suas diversas formas (empresas, OSCIPs, OSs, cooperativas, pessoas jurídicas).

Na justificativa do projeto, a Conap sintetiza:

Após reforma administrativa introduzida pela EC nº. 19/1998, a terceirização no serviço público ganhou novo fôlego. Assentada nas diretrizes da austeridade e eficiência, instalou-se uma nova cultura, chamada por Helder Santos Amorim de Superterceirização (Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009. p. 70). Tal cultura pauta-se, portanto, em um con-

5 O Projeto Nacional Saúde na Saúde tem por objetivo a promoção da regularização do meio ambiente de trabalho nas unidades de saúde da Administração Pública, buscando sua adequação às diretrizes traçadas pela legislação trabalhista, tornando-o hígido e sadio, por meio de prevenção e combate adequados à solução dos problemas identificados.

trole acirrado com os gastos com pessoal, objetivando flagrantemente a redução de número de servidores públicos.

Ocorre que, distanciando-se dos seus objetivos de austeridade e eficiência, esta prática trouxe repercussões extremamente negativas. Do ponto de vista das contas públicas, percebe-se o crescimento exponencial dos gastos com “as terceirizadas” fora da rubrica orçamentária de pessoal. Fato este apontado em sucessivos relatórios do Tribunal de Contas da União – TCU. Neste contexto é possível, inclusive, afirmar que há burla os princípios de austeridade fiscal contidos na Lei Complementar nº. 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Ao lado disto, no ponto da eficiência, verifica-se uma progressiva “desprofissionalização” da administração com a eliminação de carreiras necessárias ao adequado exercício das atividades estatais com substituição por profissionais pouco qualificados e em frequente “rotação”. Este elemento fica evidente, sobretudo, nas situações de contratação de cooperativas e outras organizações sociais flagrantemente destituídas de qualquer *expertise*.

Do ponto de vista estritamente das relações de trabalho, os efeitos deletérios da terceirização são ainda maiores, uma vez que leva (i) à precarização das condições de trabalho, (ii) ao esfacelamento da organização sindical dos servidores, (iii) à discriminação entre os servidores públicos e os terceirizados e (iv) à burla ao concurso público. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2011).

Assim, conforme previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, o concurso público é o requisito para o acesso aos cargos e empregos públicos. Trata-se de regra destinada a efetivar e concretizar os princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa.

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos. (MEIRELLES, 1995, p. 375).

A admissão de pessoal para o exercício de atividades permanentes da administração pública, sem a prévia submissão e aprovação em concurso público, ressalvadas as exceções legais e constitucionais⁶, implica, nos

6 São exceções ao concurso público, segundo Marinela (2011, p. 619-620): I) cargos

termos do art. 37, § 2º, da CF/1988, a nulidade do ato e permite a responsabilização da autoridade responsável em razão da caracterização da conduta como improbidade administrativa (art. 11, V, da Lei n. 8.429/1992).

No âmbito da saúde pública municipal, a partir de todo o referencial legal e teórico acima tratado, denota-se admitir a complementação dos serviços de saúde pela iniciativa privada, sem que tal possibilidade implique violação à exigência constitucional do concurso público, tampouco caracterize-se como terceirização da atividade-fim do Poder Público.

A verdadeira terceirização consiste na transferência, para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham a atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços em seu negócio principal, e reduzir os custos de produção com isso, aumentando a competitividade. A empresa prestadora desenvolve a atividade de forma absolutamente autônoma, com tecnologia, equipamentos e mão de obra próprios.

Daí o termo terceirização, derivado de *outsourcing*, neologismo criado para denominar terceiro, intermediário, interveniente.

A possibilidade, constitucionalmente admitida, de complementação dos serviços de saúde pela iniciativa privada, por óbvio, não pode e/ou não deve caracterizar a terceirização da saúde pública a entes privados, na medida em que, nos termos do art. 197 da CF/1988, as ações e serviços de saúde são de titularidade do Poder Público, podendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros.

Assim, inadmissível a transferência à iniciativa privada de atividades estratégicas da saúde pública, sendo ilícita, portanto, a transferência de fun-

de mandato eletivo; II) cargos em comissão; III) contratações por tempo determinado (art. 37, IX da Cf/88), admitindo-se a adoção de processo seletivo simplificado; IV) hipóteses excepcionais previstas expressamente na CF: art. 73, art. 101, parágrafo único, art. 104, parágrafo único, art. 111-A, art. 119, art. 123, art. 94 etc.; V) Ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a II Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT); VI) Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, admitindo-se a adoção de processo seletivo público (art. 198, § 4º, da CF).

ções de direção e assessoramento direto, gerência, controle, planejamento operacional, coordenação, supervisão e atividades de gestão superior.

Neste aspecto, aduz Mariangela Leal Cherchglia (2002, p. 20):

A terceirização dos serviços de saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), tem previsão na própria Constituição. Permite o artigo 197 da Constituição Federal que a execução das ações e serviços de saúde seja feita tanto diretamente pelo Poder Público, como mediante contratação de terceiros, inclusive [...] Assim, os serviços podem ser delegados ao particular, como forma de atender à determinação constitucional da descentralização das ações e serviços de saúde. Entretanto, essa delegação será feita de forma complementar ao sistema de saúde governamental, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, ou seja, o que não poderia ser delegada é a gestão total do serviço de saúde ao particular. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução de atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde. Poderia haver terceirização de serviços de saúde, se nos quais, o que estiver sendo transferido pelo Poder Público for apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, como de hemocentros, exames, consultas, serviços laboratoriais, internações hospitalares, de imagem, mas não a sua gestão operacional.

Assim, a participação da iniciativa privada deve ser concluída como possibilidade complementar, somente sendo admitida quando as disponibilidades do sistema público forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, caso em que poderá haver a transferência da execução de parte dos serviços, mas nunca de sua titularidade, razão pela qual se defende a impossibilidade de terceirização dos serviços públicos de saúde, por caracterizarem-se como atividade-fim do Estado.

Feitas essas breves considerações, tem-se, a partir de todo o exposto, portanto, que necessária e prioritariamente os serviços de saúde enquadrados na Atenção Básica em Saúde – englobando o controle da tuberculose, a eliminação da hanseníase, o controle da hipertensão, o controle de diabetes *melittus*, as ações de saúde bucal, as ações em saúde da criança e as ações em saúde da mulher, constantes do Anexo I da NOAS SUS 01/2002

–, na Estratégia de Saúde da Família, os serviços ambulatoriais de primeiro nível em postos ou centros de saúde (Unidades Básicas de Saúde ou Unidades de Saúde da Família) e em Unidades de Pronto Atendimento (UPA), bem como os serviços prestados nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), devem ser prestados diretamente pelos municípios, por meio de profissionais devidamente submetidos e aprovados em concurso público, sob pena de violação ao art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal e consequente caracterização de improbidade administrativa.

Por sua vez, os procedimentos de média e alta complexidade, os quais não podem ser prestados em Unidades Básicas de Saúde, pelos custos e pela densidade tecnológica envolvida, sendo custeados pelos Recursos MAC (Recursos Média e Alta Complexidade) e Fundo de Ações Estratégicas e de Compensação (FAEC), conforme Portaria n. 204/2007 – GM/MS, podem, no âmbito municipal, ter sua execução transferida à iniciativa privada, de forma complementar, nos termos do art. 199, § 4º, da CF/1988, e art. 24 da Lei n. 8.080/1990.

Necessário salientar-se, contudo, não ser proibida a aplicação dos Recursos MAC e FAEC no pagamento de servidores públicos ativos, contratados exclusivamente para desempenhar funções relacionadas aos serviços relativos ao respectivo bloco “média e alta complexidade”, podendo, por consequência, o ente público municipal optar por contratar tais profissionais, igualmente, via concurso público, utilizando-se dos recursos para pagamento de pessoal ligado ao bloco respectivo.

Optando-se, contudo, pela transferência da execução dos serviços compreendidos entre as ações de média e alta complexidade, o que, como visto, é admissível haja vista não se enquadrarem como responsabilidades ínsitas ao município no âmbito do Sistema Único de Saúde, mostra-se necessário, como acima abordado, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) demonstração da necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde, assim como da impossibilidade de ampliação dos serviços pela própria administração pública municipal; b) elaboração do Plano Operativo, com observância dos requisitos previstos no art. 7º da Portaria n. 1.034/2010 – GM/MS; c) aprovação do Plano Operativo pelo Conselho Municipal de Saúde; d) inserção do Plano Operativo no Plano de Saúde do Município; e) realização de prévio procedimento

licitatório, podendo ser adotada a modalidade de chamada pública, caso o gestor municipal tenha necessidade de contratar todos os prestadores de uma área delimitada do edital; f) garantia de preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos; g) previsão das cláusulas necessárias previstas no art. 55 da Lei n. 8.666/1993, nos contratos a serem celebrados com as entidades privadas; e h) preenchimento dos requisitos previstos no art. 8º da Portaria n. 1.034/2010 – GM/MS pelas entidades privadas a prestarem os serviços de complementação à saúde.

Deve-se observar, contudo, que, à luz do princípio da proporcionalidade, com vistas a garantir-se a prestação de serviços básicos de saúde à população, autoriza-se a complementação da iniciativa privada, de forma excepcional, igualmente nos serviços de atenção básica de forma complementar, desde que observados os requisitos acima definidos, sendo necessário, ainda, demonstrar: a) o efetivo preenchimento dos cargos ou empregos públicos previstos para o quadro próprio de pessoal na área da saúde; b) a implantação de mecanismos de adequação do quadro próprio, de forma a obedecer as diretrizes e normas de recursos humanos do SUS; c) o processo adequado de motivação e apresentação das medidas de proteção e valorização dos vínculos internos e da política de gestão dos recursos humanos próprios na área da saúde; d) a incapacidade de contratação face às restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que tange aos limites de gastos com pessoal, desde que cumpridas todas as determinações constantes da referida LC n. 101/2000, com vistas à redução dos gastos com pessoal e aumento da arrecadação; e e) a comprovação do não atendimento aos chamamentos para preenchimento de cargos ou empregos públicos via concurso público, mediante processo com ampla divulgação.

Esse entendimento resta cristalizado no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2006), conforme exposto no excerto abaixo transcrito, constante do Acórdão n. 680/2006, que refere:

5. Prestação de Serviços na área da Saúde Pública

5.1. Não podem ser objeto de vinculações externas os cargos referentes aos níveis de direção, supervisão, gerência, planejamento, controle e fiscalização das áreas de saúde, os quais serão exercidos por intermé-

dio de vínculos internos (mandato eletivo, cargos efetivos, empregos públicos, contratação temporária, cargos comissionados), atendidos os pressupostos legais de preenchimento.

5.2. De igual forma, não pode ser objeto de vínculos externos a cessão total de unidades de assistência à saúde e hospitalares (capacidade instalada), as quais devem ser objeto de gestão própria por vínculos internos, conforme orientação inclusive do Conselho Nacional de Saúde (Deliberação nº. 001/2005); mantida, porém, a faculdade de vínculos externos para a execução e prestação de serviços parciais e específicos.

5.3. Consideram-se como vínculos externos a prestação indireta de serviços públicos de saúde, como por exemplo, contrato de prestação de serviços, convênios e termos correlatos, contratos de gestão e termos de parcerias, atendidos os pressupostos legais de sua formalização e objetos, bem como as condições de legitimidade para a vinculação externa do Gestor do Sistema Único de Saúde.

5.4. A vinculação externa que consiste, basicamente, na participação do sistema privado e do Terceiro Setor (Organizações Sociais e OSCIP's), em caráter complementar terá como condição de legitimidade inafastável a comprovação, pelo gestor, dos requisitos de *insuficiência das disponibilidades para garantir a cobertura assistencial* (Lei 8080, art. 24), da *utilização de toda a capacidade instalada* (art. 2º, Portaria 358/06-MS⁷) e do *esgotamento da capacidade de prestação de ações e serviços de saúde pelos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional* (art. 5º, Portaria nº 358/06). A comprovação destes requisitos de legitimidade deverá atender, dentre outros pressupostos, os contidos na Portaria nº. 358/06-GM, em especial ser:

- a) comprovado pelos planos operativos e demais instrumentos de planejamento previstos nas normas operacionais e diretrizes do SUS;
- b) aprovado pelo respectivo Conselho da Saúde regularmente constituído;
- c) avaliação da capacidade de investimento, metas e resultados na área da saúde, previstas nos planos de saúde, planos e leis orçamentárias.

5.5. Estes mesmos requisitos devem ser observados pelos vínculos externos de cooperação, a exemplo dos Contratos de Gestão (Organizações Sociais) e Termos de Parceria (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), que observarão estritamente a sua natureza, com estabelecimento de metas e resultados, além de projetos específicos e determinados, na forma das Leis nº 9790/99 e 9637/98.

7 Observe-se que a Portaria n. 358/2006 GM-MS foi revogada pela Portaria n. 3.277/2006 GM-MS; esta última foi revogada pela Portaria n. 1.034/2010 GM-MS, atualmente em vigor.

5.6. Para a realização de vínculos externos e demonstração do atendimento aos pressupostos previstos no item 5.4. e demais requisitos legais e regulamentares, deverão ser obrigatoriamente considerados, dentre outros elementos de informação e prova:

- a) o efetivo preenchimento dos cargos ou empregos públicos previstos para o quadro próprio de pessoal na área da saúde;
- b) a implantação de mecanismos de adequação do quadro próprio, de forma a obedecer as diretrizes e normas de recursos humanos do SUS; e
- c) processo adequado de motivação e apresentação das medidas de proteção e valorização dos vínculos internos e da política de gestão dos recursos humanos próprios na área da saúde.

5.7. Considero, ainda, no conceito de esgotamento da capacidade de prestação de serviços de saúde, os seguintes eventos:

- a) Incapacidade de contratação face às restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal no que tange os limites de gastos com pessoal, desde que devidamente comprovadas as seguintes situações:

Comprovação do preenchimento de todos os requisitos da responsabilidade fiscal, como a elaboração dos relatórios de receitas, a indicação das medidas de combate à sonegação e de cobrança da dívida administrativa e ativa, além da efetividade da arrecadação dos tributos de sua competência, previstos na Lei Complementar nº 101/2000;

Demonstrativo de atendimento a todas as medidas de redução dos gastos com limite de pessoal previstas na Constituição Federal e na Lei Fiscal.

- b) Comprovação documental do não atendimento aos chamamentos para preenchimento dos cargos ou empregos públicos, mediante processo com ampla divulgação e com medidas de valorização da política de recursos humanos na área da saúde, de forma a caracterizar a real intenção do Gestor Público de preenchimento dos cargos ou empregos públicos com base em vínculos internos, e que a impossibilidade do preenchimento de tais funções se deu por razões de mercado.

5.8. Deverão ser atendidos os demais pressupostos de contratação e requisitos estabelecidos pelas Diretrizes e Normas do SUS, inclusive as decorrentes do Pacto de Gestão 2006, tais como as normas previstas na Portaria nº. 358, de 22 de fevereiro de 2006, elaborada pelo Ministério da Saúde. [Grifos no original].

Observados os parâmetros delineados, é possível harmonizar-se a exigência constitucional do concurso público com a lícita transferência à iniciativa privada, em caráter complementar, dos serviços de saúde

pública, não havendo, de igual forma, caracterização de terceirização ilícita no âmbito da administração pública municipal.

4 • Conclusão

Entre as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, como visto, o município é a esfera de poder que detém a maior parcela de responsabilidade pela execução das ações e serviços de saúde.

Os serviços de saúde, no âmbito do SUS, com vista a conferir eficácia ao princípio da hierarquização sobre o qual se funda o sistema, são divididos em atenção básica em saúde, média complexidade e alta complexidade.

Dentro das atribuições dos entes federados, os municípios são responsáveis pela implementação e execução direta da atenção básica em saúde, a qual engloba os serviços previstos na NOB-SUS 01/96 e no Anexo I da NOAS-SUS 01/2002, a Estratégia de Saúde da Família, os serviços ambulatoriais de primeiro nível em Unidades Básicas de Saúde, os serviços em Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Além de tal atribuição direta, com objetivo de melhorar o acesso da população aos serviços de saúde de média e alta complexidade, haja vista o SUS estruturar-se sobre os primados da regionalização e da hierarquização, os municípios igualmente responsabilizam-se pela oferta de parte de tais serviços, utilizando-se de recursos federais transferidos na forma de blocos de financiamento: Recursos MAC e Fundo de Ações Estratégicas e de Compensação (FAEC).

Tais recursos possuem aplicação vinculada, devendo ser necessariamente aplicados para o desenvolvimento de ações e serviços referentes aos respectivos blocos de financiamento. Para tanto, pode o ente público municipal, quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população, utilizar-se, de forma complementar, da iniciativa privada, por meio da celebração de contratos ou convênios.

A comprovação da necessidade de complementação dos serviços de saúde pública, assim como a impossibilidade de ampliação da capacidade de atendimento municipal, devem estar devidamente comprovadas em Plano Operativo que deverá constar do Plano de Saúde do município e ser devidamente aprovado pelo Conselho de Saúde Municipal, conforme previsto na Portaria n. 1.034/2010 GM-MS.

O presente estudo conclui, portanto, que a possibilidade de complementação da saúde pela iniciativa privada deve ser sempre avaliada como possibilidade complementar, não podendo o município, sob o pretexto da autorização constitucional, prestar a integralidade dos serviços de saúde mediante a celebração de contratos ou convênios, furcando-se de forma expressa e reiterada ao cumprimento da exigência constitucional do concurso público, a qual se destina a concretizar os princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa.

Desse modo, a partir do referencial legal e teórico exposto, fixa-se como parâmetro mínimo de exigência, no âmbito municipal, que as ações e serviços de saúde englobados no conceito de Atenção Básica em Saúde sejam prestados por servidores públicos devidamente submetidos e aprovados a concurso público, de maneira a harmonizar-se de forma equânime e razoável o permissivo constitucional da complementação da saúde pela iniciativa privada com a exigência, igualmente constitucional, do concurso público como requisitos para o acesso a cargos ou empregos públicos.

Referências

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política nacional de atenção básica. Série Pactos pela Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006a. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica_2006.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. *Atenção básica e a saúde da família*. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/atencaobasica.php>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. *Manual de orientações para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2007b. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. *O SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde*. 31 out. 2009. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007b. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007.html>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. Portaria GM/MS n. 336, de 19 de fevereiro de 2002. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <<http://brasilsus.com.br/legislacoes/gm/8122336.html?q=sa%C3%BAde+mental>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. Portaria GM/MS n. 1.034, de 05 de maio de 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034_05_05_2010_rep.html>. Acesso em: 1º mar. 2014.

_____. Portaria GM/MS n. 648, de 28 de março de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 mar. 2006b. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

CARVALHO, Déa et al. O Sistema Único de Saúde: uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Célia; DINO NETO, Nicolao (Orgs.). *Direito sanitário em perspectiva*. v. 2. Brasília: ESMPU; Fiocruz, 2013.

CHERCHGLIA, Mariangela Leal. *Terceirização do trabalho nos serviços de saúde: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos*. 2002. p. 20. Disponível em: <http://www.opas.org.br/rh/publicacoes/textos_apoio/pub04U3T5.pdf>. Acesso em: 3 mar 2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13128/14932>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

GONÇALVES, Wagner. *Parecer sobre terceirização e parceiros na saúde pública*. 27 maio 1998. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id239.htm>>. Acesso: 3 mar. 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Plano de projeto: atividade-fim*. Brasília: MPT, 2011. Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/conap/projetos>>. Acesso: 3 mar. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO PARANÁ. *Conclusão técnica conjunta n. 1*. Agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=85>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Processo n. 42.355-0/05. *Acórdão n. 680/2006*. Relator: auditor Thiago Barbosa Cordeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de publicação: 7.7.2006. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-6802006-do-tribunalpleno/42091>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

Direito fundamental ao trabalho seguro: responsabilidade civil do empregador, novas tendências e desafios

Rachel Freire de Abreu Neta

Procuradora do Trabalho. Pós-graduada em Direito do Estado pelo JusPodivm e em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região em convênio com a UFBA.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Responsabilidade civil do empregador por dano ao meio ambiente do trabalho. 3 O princípio do risco mínimo regressivo. 4 Alternativas à monetização do risco. 5 A necessária adequação do conceito de “responsabilidade civil” em face do “direito fundamental ao trabalho seguro”. 6 Conclusão.

1 • Considerações iniciais

Inicialmente, para que se possa tratar sobre a responsabilidade civil do empregador por danos ao meio ambiente do trabalho, mister se faz tecer algumas considerações preliminares.

A Constituição Federal de 1988 contempla diversos aspectos relativos ao meio ambiente, definindo-o, em seu art. 225, como “bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981, art. 3º, I), na tentativa de introduzir um conceito jurídico para este instituto, define-o como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Percebe-se, assim, que o legislador optou pela adoção de um conceito jurídico indeterminado, de modo a tutelar todos os aspectos inerentes ao meio ambiente (MELO, 2010, p. 29), quais sejam seu aspecto natural,

artificial, cultural e do trabalho¹. Busca-se, assim, proteger a vida em todas as suas formas, destacando-se, ademais, o “trabalho” como um dos elementos essenciais do meio ambiente em geral.

Dessa forma, não se poderia deixar de albergar a noção de “meio ambiente de trabalho”, afinal é no trabalho onde o ser humano passa a maior parte de sua vida. Além disso, tal conceito não se restringe ao local de trabalho em sentido estrito, abrangendo, também, “[...] os instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviços e pelos próprios colegas de trabalho” (MELO, 2010, p. 31).

Sobre esse aspecto, colhem-se as seguintes lições do ministro Cláudio Brandão (2013, p. 86), do Tribunal Superior do Trabalho, ao comentar sobre a definição de meio ambiente de trabalho trazida pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente:

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, propositadamente inserido pelo legislador, com o fim de criar um espaço positivo de incidência da norma e evitar que ficassem fora do alcance do conceito numerosas situações que normalmente seriam nele contempladas [...].

Não se resume, por conseguinte, ao posto de trabalho exclusivamente; as circunstâncias em seu derredor que sejam afetadas com as condições materiais ou psicológicas em que o labor é executado também nele estão compreendidas, o que abrange a saúde do trabalhador.

É nesse contexto que se reconhece o “direito fundamental ao trabalho seguro”. Não se deve defini-lo, em sua essência, como um direito trabalhista

1 Observe-se, por oportuno, que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente não tratou expressamente, em seus dispositivos, sobre o meio ambiente de trabalho. Todavia, fazendo uma interpretação sistemática e teleológica de suas normas, com fulcro na Constituição da República de 1988, não se pode afastar a tutela jurídica do meio ambiente de trabalho como relevante aspecto do “meio ambiente”, nos termos do art. 225 da Carta Maior. Nesse mesmo sentido, a autora Clarissa Ribeiro Schinestsck, ao comentar o conceito de “meio ambiente” trazido pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente: “cuida-se, em realidade, do reconhecimento, de que os fenômenos ambientais, sociais, biológicos e psicológicos estão intimamente conectados e em permanente interação. Neste conceito holístico e integrativo de meio ambiente que o compreende como o conjunto de relações e interações do homem, culturalmente construídas e aptas a alterarem a dinâmica social, está inserida a sua relação com o seu trabalho e o modo como este é desempenhado” (SCHINESTSCCK, 2013, p. 65).

meramente individual e vinculado ao contrato de trabalho (MELO, 2010, p. 34). Isso porque, qualquer que seja a natureza do trabalho executado, esse direito exsurgirá, como comando constitucional, de modo a tutelar a saúde e segurança daquele que desenvolve atividades laborais.

Fala-se, portanto, em um direito fundamental de natureza difusa, pois a violação do meio ambiente de trabalho nunca se desenvolve de forma individual e singular. Destacam-se, nesse ponto, características peculiares do meio ambiente como a sua indivisibilidade, impossibilitando, dessa forma, que uma lesão ambiental envolva um único indivíduo inserido neste espaço. Os danos ambientais, qualquer que seja a sua natureza, repercutem necessariamente para toda a sociedade.

2 • Responsabilidade civil do empregador por dano ao meio ambiente do trabalho

Ao tratar do tema “responsabilidade”, não se pode olvidar que os questionamentos a ele relativos dizem respeito à ciência jurídica como um todo – e não a um ramo específico de estudo –, uma vez que, como acertadamente pondera Sérgio Cavalieri Filho, “tudo acaba em responsabilidade” (CAVALIERI FILHO apud STOCO, 2007, p. 112).

Verifica-se, dessa forma, que a discussão, no que tange à responsabilidade civil, é inerente ao próprio ser humano, pois se dirige, em verdade, à redistribuição de riquezas segundo os ditames da justiça, uma vez que o dano – como fonte geradora dessa responsabilidade – viola o equilíbrio patrimonial e moral, sendo necessário, portanto, restabelecê-lo (DINIZ, 2006, p. 5).

Dessa forma, e tomando como base as noções de solidariedade social, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, a Constituição da República assegura, em seu art. 7º, XXII, como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assegura, ademais, no art. 7º, XXVIII², a aplicação da teoria subjetiva de responsabilidade. Tal dispositivo gera inúmeras discussões, especial-

2 Art. 7º, da CF/1988: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros

mente quanto à insuficiência da responsabilidade subjetiva para fazer frente à multiplicidade de situações de risco existentes na atualidade. Essa constatação, todavia, não afasta, de logo, a condição de regra geral do art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Maior, ao trazer “a culpa ou dolo” como componente *a priori* da responsabilidade na seara trabalhista.

Tratando especificamente do meio ambiente de trabalho, é possível invocar, ainda, a previsão constante do art. 225, § 3º, da Carta Maior³ que, cominado com o art. 14, § 3º, da Lei n. 6.938/1991⁴, adota a teoria objetiva de responsabilidade para os casos de dano ao meio ambiente em geral.

Nesse sentido, seria possível perquirir sobre a existência de um conflito de normas constitucionais. Todavia, da análise dos dispositivos supra-mencionados, extrai-se apenas uma antinomia aparente (RUSCH, 2006).

De um lado, porque o art. 7º, XXVIII, da Carta Maior apresenta-se, em verdade, como uma garantia ao trabalhador, e não como um direito do empregador. Dessa forma, em uma interpretação conjunta com o *caput* do dispositivo supracitado, é possível reconhecê-lo como um “patamar mínimo” de direitos, daí porque outra norma pode prevalecer desde que traga uma maior garantia ao trabalhador (RUSCH, 2006, p. 75).

De outro lado, invocando-se as noções de dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, impõe-se a busca pela harmonização dos dispositivos constitucionais com fulcro no princípio da unidade.

que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

3 Art. 225, § 3º, da CF/1988: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

4 Art. 14, § 1º, da CF/1988: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.

Merece destaque, ademais, o princípio protecionista que rege o Direito do Trabalho, exigindo, portanto, uma adequação dos institutos adotados nessa seara, assim como uma interpretação voltada para uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, faz-se mister ressaltar que o instituto da responsabilidade civil encontra-se em constante evolução. Em que pese a sua natureza, em seu nascedouro, meramente reparatória, verifica-se, na atualidade, a sua insuficiência para o retorno ao *status quo ante*.

A “proliferação de riscos, a disseminação de danos multifacetados e os novos padrões de relações que a sociedade contemporânea” vem adotando têm demonstrado que a função meramente reparatória mostra-se ineficiente para a proteção de direitos (SCHINESTOCK, 2013, p. 63).

Isso se agrava quando estão em jogo direitos fundamentais inerentes à própria dignidade da pessoa humana, a exemplo da vida e saúde dos trabalhadores. Exsurge, pois, a necessidade imperiosa de se reconhecer o papel preventivo que deve estar inerente a toda e qualquer teoria de responsabilidade. Essa matéria será objeto de estudo mais adiante.

3 • O princípio do risco mínimo regressivo

Conforme exposto anteriormente, verifica-se que, para as hipóteses de dano ao meio ambiente do trabalho, a teoria objetiva de responsabilidade é inafastável. Primeiramente, porque o art. 225, § 3º, da Carta Maior exige a adoção de maior gravame para as hipóteses de dano ao meio ambiente, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado. Além disso, é preciso notar que a previsão do art. 7º, XXVIII, da Constituição da República configura direito mínimo do trabalhador e, por isso, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, não representa impeditivo à aplicação da corrente objetivista.

Reconhece-se, dessa forma, a existência de um “direito subjetivo ao trabalho seguro”, o qual é inerente a todo e qualquer trabalhador e resulta não apenas das normas relativas à saúde e segurança do trabalho. Trata-se

de um verdadeiro direito fundamental, conexo (anexo) ao direito a um meio ambiente equilibrado, assegurado constitucionalmente.

Inafastável, pois, a tutela ao meio ambiente do trabalho e, por conseguinte, dos direitos fundamentais a ele relacionados, tais como “a saúde, a vida, a segurança, o bem-estar e a sadia qualidade de vida de todos aqueles que trabalham” (SCHINESTOCK, 2013, p. 66).

Nesses termos, o autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2013, p. 49):

A concepção moderna de meio ambiente do trabalho, portanto, está relacionada aos direitos humanos e fundamentais, notadamente os direitos à vida, à segurança e à saúde dos trabalhadores. Esses direitos, na verdade, devem ser interpretados e aplicados com arrimo nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa e da cidadania.

No que concerne ao dano ao meio ambiente de trabalho e à saúde do trabalhador, cita-se, mais uma vez, o art. 7º, XXII, da Carta Maior, que assegura, como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Em análise ao referido artigo, Bruno Guarnieri (2007, p. 1474) destaca que “[...] os trabalhadores têm o direito fundamental de trabalhar em ambiente hígido com redução e prevenção dos riscos inerentes à atividade laboral de modo a preservar a sua saúde, higiene e segurança”. Por outro lado, Sebastião Oliveira (2011a, p. 143) informa que “o empresário tem a prerrogativa da livre-iniciativa, da escolha da atividade econômica e dos equipamentos de trabalho, mas, correlatamente, tem obrigação de manter o ambiente do trabalho saudável”.

Para tanto, devem prevalecer os princípios da prevenção e da precaução, que informam o Direito Ambiental e, por conseguinte, têm plena aplicação ao meio ambiente do trabalho, já que este nada mais é do que uma parcela do “meio ambiente geral”.

Nesse ponto, relevante se faz distinguir esses dois princípios que, em que pese relacionados, gozam de diferenças marcantes. “Prevenção” significa

adotar determinadas medidas buscando evitar riscos ao meio ambiente e ao ser humano. “Precaução”, por seu turno, significa tomar cuidados antecipados mesmo diante da incerteza do risco, considerando a possibilidade de prejuízos irreversíveis ao ser humano (MELO, 2010, p. 53).

Assim, aplica-se a prevenção quando as consequências do ato são previsíveis, pois o nexos causal já é cientificamente comprovado e certo. Pelo princípio da precaução, por seu turno, previne-se mesmo não sabendo quais serão as consequências do ato danoso. Isso porque o princípio da precaução busca prevenir o dano potencial, diante de riscos graves e iminentes, assim como da relevância do bem jurídico tutelado (MELO, 2010, p. 55-56).

Observem-se, por oportuno, as seguintes lições dos autores Tereza Aparecida Asta Gemignani e Benjamin Gemignani (2012, p. 57-58) ao tratarem da diferença dos princípios da prevenção e precaução:

[...] o princípio da prevenção [...] consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom-senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial [...].

É nesse contexto, em que se mostra imprescindível a adoção de medidas preventivas em face de riscos conhecidos ou meramente potenciais, que se pode falar no “princípio constitucional do risco mínimo regressivo”, o qual tem previsão expressa no art. 7º, XXII, da Carta Maior.

Com base nesse princípio, “o trabalhador tem direito à redução de todos os riscos (físicos, químicos, biológicos, mecânicos, fisiológicos, estressantes psíquicos e outros) que afetam a sua saúde no ambiente do trabalho” (OLIVEIRA, 2011a, p. 144).

Ressalta-se, todavia, que, a despeito da plena aceitação do conteúdo desse dispositivo constitucional, reconhecem-se algumas dificuldades práticas.

Primeiramente, questiona-se qual o limite dessa redução de riscos, isto é, até que medida se pode exigir do empregador tal redução. Isso porque, embora exista uma redução desejável – qual seja, a eliminação completa dos riscos, representada pela supressão do agente agressivo –, em certas situações, somente é possível se alcançar a neutralização dos riscos, ou seja, a sua redução até limites toleráveis à saúde humana (OLIVEIRA, 2011a, p. 144).

Assim, é preciso verificar, no caso concreto, as possibilidades de agir do empregador, assim como a adoção de medidas alternativas, que exponham o trabalhador ao menor índice de risco possível.

A efetividade do princípio em epígrafe exige, portanto, a sua realização na maior medida do possível, ou seja, exige-se do empregador a eliminação total dos riscos à saúde e segurança do trabalhador. Todavia, não sendo isso viável tecnicamente, a “redução deverá ser a máxima possível e exequível, de acordo com os conhecimentos da época” (OLIVEIRA, 2011a, p. 148).

Busca-se, pois, uma redução progressiva e voltada à direção do “risco zero”, de acordo com o desenvolvimento tecnológico da época. A omissão culposa do empregador, todavia, deve gerar a sua responsabilização. Observe-se, por oportuno, que a omissão aqui mencionada não exige necessariamente a ocorrência de dano. Fala-se, portanto, em uma responsabilização pelo descumprimento do princípio do risco mínimo regressivo, o qual deve ser aplicado na maior medida do possível, inclusive na exegese das normas trabalhistas, especialmente aquelas relacionadas com a saúde e segurança do trabalhador.

Outra relevante questão que envolve o princípio do risco mínimo regressivo diz respeito à sua qualificação como “princípio constitucional”⁵. Isso porque, quando se fala em responsabilidade, as discussões

5 Sobre o reconhecimento do princípio constitucional do “risco mínimo regressivo”, observe-se a seguinte assertiva da autora Ileana Neiva Mousinho (2013, p. 105): “O art. 7º, XXII, da Constituição Federal, na moderna interpretação constitucional, em que se conjuga a importância dos direitos fundamentais com a força normativa da Constitui-

voltam-se normalmente ao campo da infortunistica, e não ao estudo de medidas preventivas.

De fato, a importância dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais tem levado, por sua repercussão social – já que não atingem apenas os trabalhadores mas também as famílias das vítimas –, à precedência de medidas voltadas à assistência ou reparação da vítima, abandonando-se, de outro lado, as ações de prevenção e proteção da saúde do trabalhador (OLIVEIRA, 2011a, p. 147).

Todavia, isso não afasta a importância da promoção de medidas preventivas no local de trabalho. Ao contrário: considerando os avanços tecnológicos e o desenvolvimento de uma verdadeira “sociedade de risco”, “não basta efetuar pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos via de regra são irreversíveis e a *restitutio in integrum* impossível” (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2012, p. 55-56).

Nessa perspectiva, prevalecem as noções de prevenção e precaução, as quais, tendo em vista a existência de farto conhecimento consolidado sobre a matéria, informam um princípio maior e de previsão constitucional: o princípio do risco mínimo regressivo (OLIVEIRA, 2011a, p. 147).

A respeito desse tema, destaca-se o Enunciado n. 3 aprovado no seminário sobre “Prevenção de Acidentes de Trabalho”, promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região no período de 8 a 11 de outubro de 2012:

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO RISCO MÍNIMO REGRESSIVO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. MEDIDAS DE PROTEÇÃO. ÔNUS DO EMPREGADOR. Incumbe ao gestor do empreendimento econômico adotar todos os meios necessários para reduzir os riscos inerentes

ção, orienta a interpretação de todas as outras normas do ordenamento jurídico a respeito de saúde e segurança do trabalho, determina a compatibilização de diversos outros princípios espalhados no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, e exige a revisão de conceitos arraigados na cultura jurídica e no estudo técnico-científico de saúde e segurança do trabalho. A força e prevalência do princípio esculpido no art. 7º, XXII, da Constituição Federal, em face, inclusive, de outros princípios constitucionais, é explicada por ser expressão do princípio vetor do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana, e do próprio direito à vida”.

ao trabalho por meio da efetiva implementação das normas de saúde, higiene e segurança no meio ambiente de trabalho (Princípio do risco mínimo regressivo – art. 7º, XXII, da CF). (BRASIL, 2012).

4 • Alternativas à monetização do risco

Reconhecida, portanto, a existência do princípio constitucional do risco mínimo regressivo, mister se faz tratar das medidas possivelmente eficazes à plena realização desse princípio.

Isso porque, embora sejam evidentes as limitações do empregador, já que a redução dos riscos está diretamente relacionada com os conhecimentos desenvolvidos à época, não se pode olvidar a importância da preservação da vida e saúde dos trabalhadores.

Para tanto, é imprescindível buscar alternativas ao fenômeno da monetização dos riscos.

De fato, é preciso reconhecer que, a despeito das comodidades advindas com os avanços tecnológicos no mundo moderno, de outro lado, surgem danos multifários ou, ao menos, os riscos são potencializados nos ambientes de trabalho.

Diante dessa nova realidade, faz-se necessário reavaliar as alternativas trazidas em nosso ordenamento jurídico para a hipótese de exposição a riscos. Surgem, nesse diapasão, três possibilidades de escolhas, as quais serão expostas a seguir.

A primeira opção do legislador para as hipóteses de incremento de riscos está, justamente, no aumento da remuneração para compensar a exposição a agentes agressivos e/ou o maior desgaste físico do trabalhador (OLIVEIRA, 2011a, p. 154). Nesse contexto, os adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, previstos no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, representam a expressão real da verdadeira “monetização dos riscos”.

Tal opção legislativa justificar-se-ia, no campo teórico, pela possibilidade de proporcionar ao trabalhador uma alimentação melhor – já que

teria um incremento na remuneração – assim como atribuir ao empregador um maior ônus financeiro, o que estimularia a empresa a melhorar as condições de trabalho a fim de reduzir custos (DINIZ, 2003, p. 98). Todavia, com o tempo, percebeu-se que tais pressupostos eram falsos.

Na verdade, a instituição de recompensa monetária pela exposição a riscos desvia a atenção, que deveria estar voltada para a saúde do trabalhador. E como afirma o autor Sebastião Geraldo Oliveira (2011a, p. 155), “a luta, na realidade, tem sido travada em busca do direito ao adicional e não do direito à saúde; o adicional, que foi instituído como sanção, lamentavelmente se tornou o preceito [...]”.

A monetização dos riscos, outrossim, representa a comercialização do direito à saúde, o que não se pode admitir por preço algum. Ademais, “constata-se a existência de um verdadeiro paradoxo axiológico, na medida em que o legislador, ao consagrar o dever de o empregador pagar o adicional de insalubridade, assegura, em contrapartida, o direito de manutenção das condições de trabalho danosas [...]” (BRANDÃO, 2013, p. 81).

Resta evidente, dessa forma, que a monetização dos riscos é insustentável nos dias atuais⁶. Há, nesse ponto, mais duas opções legislativas para as hipóteses de incremento de riscos⁷, quais sejam: 1) a proibição do trabalho sujeito a agentes agressivos; e 2) a redução da duração da jornada.

6 A respeito dos malefícios da monetização do risco, observe-se a seguinte assertiva do autor Bruno Marcos Guarnieri, a saber: “A monetização do risco é um grande equívoco, pois a empresa passa a não investir para tornar o meio ambiente de trabalho equilibrado e salubre, optando, tão-somente, pelo pagamento dos adicionais, que oneram bem menos que a implantação de medidas para tornar o ambiente saudável. [...]. A exigência legal do pagamento dos adicionais referidos exige harmonização com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) – concebida modernamente, como princípio, necessidade e direito subjetivo – e a busca da sadia qualidade de vida através de um meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB/88)” (GUARNIERI, 2007, p. 1478).

7 Não se busca, com este estudo, afastar o pagamento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade em qualquer hipótese, até porque há previsão constitucional que assegura tais adicionais como direito do trabalhador. O que se pretende, em verdade, é rechaçar a política empresarial no sentido de pagar tais adicionais como forma de se desonerar da obrigação quanto à adoção de medidas de prevenção de acidentes do trabalho. Nesse mesmo sentido, a autora Noemia Porto, *in verbis*: “Embora o pagamento do adicional de insalubridade implique mensuração pecuniária dos riscos à saúde, é importante destacar que se trata de um dos elementos, e não do único, que a Constituição

Tratando, inicialmente, da “proibição do trabalho” propriamente dita, essa opção legislativa configura, sem dúvida, a escolha ideal, pois, por meio dela, assegura-se de pronto o direito à saúde do trabalhador.

Todavia, há que se reconhecer que algumas atividades, em que pese perigosas ou insalubres, são imprescindíveis. Nessas hipóteses, tem-se admitido a redução da jornada, diminuindo, por conseguinte, o tempo de exposição do trabalhador aos agentes agressivos e proporcionando a este um maior tempo de descanso para uma melhor recuperação (OLIVEIRA, 2011a, p. 157).

Nesse sentido, colhe-se das lições do autor Sebastião Geraldo Oliveira (2011a, p. 157), senão vejamos:

A redução da jornada é a saída ética para enfrentar a questão. Em vez de reparar com dinheiro a perda da saúde, deve-se compensar o desgaste com maior período de descanso, transformando o adicional monetário em repouso adicional. A menor exposição diária, combinada com um período de repouso mais dilatado, permite ao organismo humano recompor-se da agressão, mantendo-se a higidez. Essa alternativa harmoniza as disposições constitucionais de valorização do trabalho, colocando o trabalhador em prioridade com relação ao interesse econômico.

Busca-se, assim, assegurar o direito à “vida com qualidade”, por meio da adoção de uma política de prevenção voltada, especialmente, para a eliminação do fator de risco, e não visando ao pagamento do adicional remuneratório (BRANDÃO, 2013, p. 91).

de 1988 abarca para um contexto mais abrangente de proteção e segurança no trabalho. Segurança e Saúde conduzem necessariamente a reflexões no campo da prevenção (eliminação dos agentes agressores à saúde). Mas não se trata, a despeito dessa consideração sobre a necessidade de se ampliar o debate sobre o aspecto preventivo, de eliminar ou desconsiderar os pagamentos e os adicionais enquanto integrantes de um sistema geral de proteção. [...] A cultura e a política de prevenção, no entanto, não dependem da eliminação dos acréscimos remuneratórios, mas, sim, da consideração desses adicionais numa performance constitucional, conjugada necessariamente com outras medidas e instrumentos de prevenção de riscos. Dito em outras palavras, prevenção e remuneração não são excludentes e devem ser conjugadas para uma leitura constitucionalmente adequada da proteção constitucional estabelecida a partir de 1988” (PORTO, 2013, p. 177).

Afinal, o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando-se assim a sua propagação até atingir a integridade física do trabalhador. Deve prevalecer, portanto, uma política de “eliminação de riscos”, e não apenas focar a sua “neutralização”, mediante o uso de equipamentos de proteção individual (OLIVEIRA, 2011a, p. 148).

Ao empregador incumbe adotar todas as medidas individuais e coletivas de proteção a fim de evitar acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Devem prevalecer, todavia, as medidas coletivas, em face da sua maior efetividade em relação às providências individuais (MELO, 2010, p. 56).

Ademais, qualquer providência adotada que almeje a prevenção de acidentes deve sempre incluir informações sobre os riscos a que se sujeita o trabalhador, assim como de treinamento específico para o desempenho das tarefas (OLIVEIRA, 2011a, p. 151).

Isso porque a adoção de medidas de proteção – sejam elas individuais ou coletivas – deve estar inserida em um programa de “gestão de riscos” desenvolvido pela empresa, no qual se estudam especificamente os riscos de cada atividade desenvolvida, proporcionando treinamentos e orientações adequadas, no intuito de prevenir efetivamente os acidentes.

Ao invés de centralizar a política na gestão comportamental das pessoas, na qual se exige do trabalhador excesso de zelo sob pena de configurar um ato inseguro, “o foco estará voltado para a gestão do risco, promovendo a sua eliminação ou colocando barreiras adequadas para que as situações de risco estejam sob controle” (OLIVEIRA, 2011a, p. 151).

Outrossim, historicamente se defende uma cultura patronal equivocada, segundo a qual investir em prevenção de acidentes e doenças do trabalho custa caro (MELO, 2011, p. 73). Na verdade, beneficia a todos os envolvidos, pois, segundo acrescentam Tereza Gemignani e Daniel Gemignani (2012, p. 65), “traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e o dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado”. De outro lado, reduz o número de acidentes e doenças ocupacionais, diminuindo também os gastos previdenciários.

Além disso, assegura-se ao obreiro um ambiente laboral hígido e sadio, tornando possível a “busca pela felicidade”, pois, como bem afirma o autor Raimundo Simão de Melo (2011, p. 81), “para ser feliz, é necessário que se tenha um trabalho, não qualquer trabalho, mas um trabalho digno, protegido minimamente e seguro em termos de riscos ambientais [...]”.

5 • A necessária adequação do conceito de “responsabilidade civil” em face do “direito fundamental ao trabalho seguro”

Busca-se, neste estudo, desenvolver uma visão holística sobre o fenômeno da responsabilidade civil. Isso porque as relações humanas estão em constante evolução, sendo, pois, o sistema de responsabilidade objetiva fruto do próprio desenvolvimento social.

Quando se fala na aplicação da teoria objetiva nas hipóteses de acidente de trabalho – para aqueles acidentes decorrentes de dano ao meio ambiente laboral ou do exercício de uma atividade de risco –, verifica-se uma postura mais condizente com a evolução do instituto da responsabilidade civil. Isso porque as constantes situações de risco – muitas delas geradas pelo próprio empregador – têm causado danos diversos aos trabalhadores.

O curso normal da evolução da responsabilidade civil tende a levar, sem dúvida, à aplicação da teoria objetiva aos mais variados casos⁸. A própria complexidade das relações sociais e a atual valorização do dano injusto – em detrimento da conduta de quem o causou – já demonstram uma busca incessante pela reparação, daí a aplicação da corrente objetivista.

8 Não se está dizendo, contudo, que a teoria subjetiva de responsabilidade está superada ou tende a ser substituída, por completo, pela teoria objetiva. Ao contrário: ambas devem conviver de forma harmônica, com grau de importância equivalente. Nesse sentido, o autor Sebastião Geraldo de Oliveira (2011b, p. 109), a saber: “É necessário registrar, todavia, que a responsabilidade objetiva não suplantou nem derogou a teoria subjetiva, mas afirmou-se em espaço próprio de convivência funcional, para atender àquelas situações em que a exigência da culpa representa demasiado ônus para as vítimas, praticamente inviabilizando a indenização do prejuízo sofrido [...]”.

Nesse diapasão, reconhece-se uma leitura do Direito do Trabalho, especialmente da matéria “responsabilidade civil”, mais adequada com a defesa dos direitos fundamentais, tendo em foco os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Ocorre, todavia, que a noção da responsabilidade civil prioritariamente reparatória, ainda que tenha por fundamento a teoria objetiva, tem-se mostrado insuficiente. Isso porque “em se tratando de lesões ocasionadas aos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, o princípio da reconstituição integral não se afigura plenamente eficaz” (SCHINESTSCCK, 2013, p. 64).

Afinal, não há como se falar em retorno ao *status quo ante* quando está em jogo a vida ou a saúde do trabalhador. Verifica-se, dessa forma, a irreversibilidade de determinados danos, podendo configurar lesões irreparáveis.

Ademais, como afirma Bruno Marcos Guarnieri (2007, p. 1476), “a primazia do trabalho sobre a ordem econômica e social valoriza a figura do homem-trabalhador em dimensões éticas que não podem ficar reduzidas a meras expressões monetárias”.

Nesse contexto, e sendo a responsabilidade civil um instituto em constante evolução, exsurge o aspecto preventivo não mais como uma função acessória da responsabilidade, mas sim como seu papel principal, pois configura, em verdade, o único instrumento capaz de garantir a proteção integral de certos direitos.

Observe-se, quanto a essa matéria, a seguinte lição da autora Clarissa Schinestsck (2013, p. 73-74):

Com efeito, a realidade dos novos tempos revelou que o arcabouço repressivo e patrimonialista pertinente tanto ao Direito Civil como ao Direito do Trabalho é deficitário e insuficiente no âmbito da sociedade de risco. Este referencial dá sinais de esgotamento desde o momento em que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor máximo a orientar o sistema como um todo em que foram colocados em evidência os direitos metaindividuais.

[...]

Evidenciou-se, destarte, que a tutela reparatória, conquanto seja de grande relevância para a responsabilidade civil, é insuficiente para proteger integralmente os direitos transindividuais e os pertinentes à personalidade humana. Ficou claro, outrossim, que a tutela da pessoa exige outro tipo de responsabilização, já que os direitos enfeixados na dignidade humana – sejam de dimensão individual ou coletiva – não se coadunam com lesões. Para estes tipos de direitos, o princípio da restituição integral dos danos não consegue operar em sua plenitude, porquanto uma vez lesados não poderão ser reconstituídos ao estado anterior.

Dessa forma, resta evidente que, para os direitos decorrentes diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana – aí incluídos o direito à vida e à saúde do trabalhador –, não se admite qualquer espécie de lesão.

Reconhece-se, ademais, que a função reparatória da responsabilidade não consegue resguardar esses direitos em todo o seu conteúdo, daí porque os princípios da prevenção e da precaução, antes aplicados com exclusividade no Direito Ambiental, passam a ser incorporados pela responsabilidade civil (SCHINESTOCK, 2013, p. 75).

Fala-se, hoje, numa verdadeira atuação prospectiva da responsabilidade, voltada para o futuro, a fim de evitar novos danos. Combate-se, outrossim, não apenas o dano já efetivado, com todas as suas consequências, mas especialmente o dano potencial.

Raimundo Melo (2011, p. 24) explica que “a evolução do sistema de responsabilidade civil passa [...] pela ideia de culpa presumida e pela responsabilidade objetiva para atingir [...] a chamada responsabilidade pressuposta (presunção de responsabilidade e não de culpa)”. Tudo isso tendo em foco o viés preventivo do sistema de responsabilidade.

Em determinados casos, pressupõe-se, pois, a própria responsabilidade, exatamente porque os bens jurídicos tutelados são tão relevantes que não podem estar sujeitos a danos, afinal a sua plena reconstituição é impossível. Em verdade, o que se busca é ampliar os aspectos preventivo e punitivo da responsabilidade civil para evitar novos danos, adotando o aspecto reparatório para as hipóteses de lesões realmente imprevisíveis.

Sobre essa matéria, relevantes são as lições de Raimundo Simão de Melo (2011, p. 24):

[...] essa ideia clássica de acontecimento do acaso e de imprevisibilidade não mais se sustenta como regra geral dentro do atual conceito de acidente de trabalho, porque, como se sabe, grande parte dos acidentes laborais, na atual modernidade industrial e na tecnológica, decorre da falta de prevenção dos ambientes de trabalho; decorre da ausência de cuidados mínimos e especiais no que diz respeito à adoção de medidas coletivas e individuais de prevenção dos riscos ambientais. Além disso, há inúmeras atividades caracteristicamente perigosas, cujos acidentes decorrentes não podem ser considerados como meros infortúnios do acaso. São eventos perfeitamente previsíveis e preveníveis, porquanto as suas causas são identificáveis e podem ser neutralizadas ou mesmo eliminadas [...].

Ocorre que muitas situações são marcadas pela impossibilidade de eliminação do fator agressivo à saúde humana, o que revela a necessidade de privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento este de uma posição mais progressista em defesa dos direitos fundamentais.

Nessas hipóteses, devem prevalecer como alternativas viáveis a proibição do trabalho ou a redução da jornada, afastando, sempre que possível, a monetização do risco.

É com base nesse processo ponderativo que se deve levar em conta, de um lado, o exercício do poder diretivo do empregador, já que incumbem a ele, também, os riscos do negócio, sem olvidar, de outro lado, uma vez que de fundamental importância, a necessidade de contribuir para a efetivação dos direitos dos trabalhadores.

O equilíbrio do contrato de trabalho, na atualidade, somente se faz possível mediante o respeito e a realização dos direitos fundamentais do trabalhador; afinal a liberdade de empresa, ainda que goze de proteção especial, tem como limite intransponível a dignidade da pessoa humana (AMARAL, 2007, p. 102).

Isso não significa que os poderes do empregador na direção do negócio estejam fragilizados. Ao contrário: tais poderes perduram por estarem vinculados ao próprio sistema produtivo, mas nunca de forma absoluta.

“Em lugar do individualismo, assume importância a solidariedade. E disso decorrem princípios e regras a serem aplicados a partir do paradigma constitucional” (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 62).

E como estabelece o autor Zéu Palmeira Sobrinho (2012, p. 33), “é no contexto da responsabilidade como imperativo social que emerge a necessidade da responsabilidade como ética, isto é, como opção e convicção”, voltada à plena realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

A responsabilidade civil emerge, pois, como verdadeiro instrumento de proteção de direitos, destacando-se seu aspecto preventivo na defesa dos direitos básicos do ser humano, a exemplo do direito à vida e saúde do trabalhador.

6 • Conclusão

De tudo quanto exposto, foi possível extrair as seguintes conclusões, algumas delas à guisa da proposta neste estudo delineada, atinente ao reconhecimento de um direito fundamental ao trabalho seguro.

1. A Constituição da República estabelece, em seu art. 7º, XXVIII, como direito dos trabalhadores, “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Percebe-se, nesse ponto, que a responsabilidade civil do empregador apresenta enfoque constitucional e, a despeito do quanto disposto no dispositivo mencionado, que prevê expressamente a responsabilidade subjetiva do empregador, é preciso interpretar esse dispositivo como direito mínimo dos trabalhadores.

Isso porque, de outro lado, o art. 225, § 3º, da Carta Magna adota a responsabilidade objetiva para as hipóteses de lesão ao meio ambiente, no qual está incluído o meio ambiente do trabalho. Tais dispositivos devem, pois, ser interpretados de forma sistemática e teleológica,

levando-se em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

2. O direito subjetivo ao trabalho seguro é inerente a todo e qualquer trabalhador, configurando verdadeiro direito fundamental, conexo (anexo) ao direito a um meio ambiente equilibrado, assegurado constitucionalmente.

Tem relação imediata, ademais, com a previsão constante do art. 7º, XXII, da Carta Magna, o qual institui o chamado princípio do risco mínimo regressivo. Busca-se, portanto, uma redução progressiva dos riscos voltada à direção do risco zero.

3. Embora sejam evidentes as limitações do empregador, já que a redução dos riscos está diretamente relacionada com os conhecimentos desenvolvidos à época, não se pode olvidar a importância da preservação da vida e saúde dos trabalhadores.

Para tanto, é imprescindível buscar alternativas ao fenômeno da monetização dos riscos. A primeira opção do legislador para as hipóteses de incremento de riscos está, justamente, no aumento da remuneração para compensar a exposição a agentes agressivos e/ou o maior desgaste físico do trabalhador. Contudo, tal opção é baseada em pressupostos falsos, pois fundada na ideia de que o maior ônus financeiro atribuído ao empregador contribuiria para que este investisse em prevenção de riscos.

Refutado tal fundamento, restam duas soluções legislativas ao incremento dos riscos: a proibição do trabalho ou a fixação de jornada reduzida.

4. Ao empregador incumbe adotar todas as medidas individuais e coletivas de proteção a fim de evitar acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Devem prevalecer, todavia, as medidas coletivas, em face da sua maior efetividade em relação às providências individuais.

A adoção de medidas de proteção – sejam elas individuais ou coletivas – deve estar inserida em um programa de gestão de riscos desenvolvido pela empresa, no qual se estudam especificamente os riscos de cada atividade executada, proporcionando treinamentos e orientações adequadas, a fim de prevenir efetivamente os acidentes.

5. Ganha força, assim, a função preventiva da responsabilidade civil. Isso porque a noção da responsabilidade prioritariamente reparatória, ainda que tenha por fundamento a teoria objetiva, tem-se mostrado insuficiente, especialmente quando os direitos envolvidos são inerentes à tutela da pessoa humana.

Afinal, não há como se falar em retorno ao *status quo ante* quando está em jogo a vida ou a saúde do trabalhador. Verifica-se, dessa forma, a irreversibilidade de determinados danos, podendo configurar lesões irreparáveis.

Nesse contexto, e sendo a responsabilidade civil um instituto em constante evolução, emerge o aspecto preventivo não mais como uma função acessória da responsabilidade, mas sim como seu papel principal, pois configura, em verdade, o único instrumento capaz de garantir a proteção integral de certos direitos.

Referências

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. Meio ambiente do trabalho saudável: direito fundamental do trabalhador. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (Coord.). *Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. TRT da 8ª Região. *Macapá recebe seminário "Prevenção de Acidente de Trabalho"*. 2012. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2586:061112-macapa-recebe-seminario-prevencao-de-acidentes-do-trabalho&catid=360:noticias&Itemid=229>. Acesso em: 20 jan. 2014.

DINIZ, Ana Paola Santos Machado. *Saúde no trabalho: prevenção, dano e reparação*. São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXII, n. 43, mar. 2012.

GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 12, dez. 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tutela coletiva inibitória para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (Coord.). *Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. *Ações acidentárias na Justiça do Trabalho: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. São Paulo: LTr, 2010.

MOUSINHO, Ileana Neiva. O direito fundamental à saúde do trabalhador: uma abordagem constitucional para a sua efetividade. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (Coord.). *Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011a.

_____. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2011b.

PORTO, Noemia. O meio ambiente do trabalho como direito fundamental: uma leitura crítica da jurisprudência do TST sobre o adicional de insalubridade. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (Coord.). *Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013.

RUSCH, Erica. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente do trabalho. In: *As novas faces do direito do trabalho: estudos em memória de Gilberto Gomes* (obra coletiva). Salvador: Quarteto, 2006. p. 75 e ss.

SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. A imputação da responsabilidade preventiva para a tutela integral do meio ambiente do trabalho e dos direitos fundamentais conexos. In: JARDIM, Philippe Gomes; LIRA, Ronaldo José de (Coord.). *Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Acidente do trabalho: críticas e tendências*. São Paulo: LTr, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O Ministério Público do Trabalho e a liberdade sindical: a tênue linha entre a promoção e a interferência

Renan Bernardi Kalil

Procurador do Trabalho. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

Sumário: 1 Introdução. 2 O Ministério Público do Trabalho pré-1988: as atribuições em questões sindicais. 3 A Constituição Federal de 1988, a redefinição das atribuições do Ministério Público do Trabalho e as mudanças no âmbito sindical. 4 A atuação do Ministério Público do Trabalho e a liberdade sindical. 4.1 O Ministério Público do Trabalho e as tensões entre os princípios da liberdade sindical e da unicidade sindical. 4.2 O Ministério Público do Trabalho e o posicionamento diante das greves. 4.3 O Ministério Público do Trabalho e a postura em face da contribuição assistencial. 5 Conclusão.

1 • Introdução

A Constituição Federal de 1988 é um importante marco para o Ministério Público brasileiro. A disposição de novas atribuições, a independência e desvinculação dos demais Poderes da República e a previsão de constituir função essencial à Justiça redefiniram a configuração ministerial de forma relevante.

O novo desenho institucional teve impacto em todos os ramos do Ministério Público, incluindo o Ministério Público do Trabalho (MPT). A responsabilidade de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis determinou uma significativa modificação na forma de atuação do MPT no mundo do trabalho.

Uma das mudanças mais emblemáticas ocorreu no âmbito das relações coletivas de trabalho. Nesse aspecto, somam-se às inovações constitucionais que transformaram o Ministério Público os novos preceitos

dirigidos aos sindicatos. Até 1988 as entidades sindicais exerciam funções delegadas de Poder Público, o Estado estava autorizado a se imiscuir na atividade sindical e existiam previsões legais que autorizavam a intromissão do MPT em questões internas dos sindicatos. Com o novo texto constitucional, foi reconhecida a liberdade sindical, e o Poder Público foi proibido de intervir e de interferir na organização dos sindicatos.

O novo cenário configurado a partir da Constituição Federal de 1988 estabeleceu atribuições inéditas ao MPT nas relações coletivas de trabalho. Ocorreu uma alteração profunda: anteriormente dotado de poderes para intervir nas atividades sindicais, o MPT passou a desempenhar a função de promover e garantir a liberdade sindical. As premissas do MPT para atuar em face dos sindicatos se tornaram diametralmente opostas das que até então balizavam a sua ação.

Todas as transformações mencionadas exigem que o MPT reavalie a maneira pela qual trata a matéria sindical. A análise das possibilidades de atuação da instituição ministerial nas relações coletivas de trabalho sob a perspectiva da liberdade sindical merece atenção na medida em que tem como objetivo traçar os limites de ação nesse âmbito e estabelecer a forma pela qual o MPT pode cumprir o novo papel que lhe foi atribuído pela Constituição Federal de 1988.

A diversidade de temas que envolvem a matéria sindical torna muito extenso o estudo de todas as possibilidades de atuação do MPT nessa área. Diante disso, optou-se por analisar neste trabalho questões relativas às tensões entre liberdade sindical e unicidade sindical, greve e contribuição assistencial, em razão de serem as matérias que o MPT pode atuar de forma mais efetiva e é mais demandado para se posicionar.

2 • O Ministério Público do Trabalho pré-1988: as atribuições em questões sindicais

A criação do Ministério Público do Trabalho ocorreu concomitantemente ao surgimento da Justiça do Trabalho, tendo em vista aquele oficial perante esta. A Justiça do Trabalho possui raízes no Conselho Nacional do Trabalho, previsto no Decreto n. 16.027/1923. Estava vin-

culado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio e era instância administrativa. Tinha as seguintes funções: a) prestar consulta ao ministério em questões trabalhistas; b) analisar recursos no âmbito previdenciário; e c) autorizar a dispensa de empregados com estabilidade na área pública, por meio de inquérito administrativo. Funcionava junto ao conselho um procurador-geral e procuradores adjuntos, que emitiam pareceres nos processos (MARTINS FILHO, 1997, p. 25).

Em 1930 assume o poder Getúlio Vargas e é criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Na estrutura desse ministério é concebido o Departamento Nacional do Trabalho, instituído pelo Decreto Legislativo n. 9.667. No ano seguinte iniciaram-se os trabalhos das Juntas de Conciliação e Julgamento e das Comissões Mistas, ambas de natureza administrativa, que tinham por objetivo solucionar conflitos coletivos de trabalho (MARTINS FILHO, 1997, p. 26).

A Justiça do Trabalho, ainda com atribuições administrativas, foi prevista nas Constituições de 1934 e 1937.

Em 1939, o Decreto-Lei n. 1.237 organizou a Justiça do Trabalho e estabeleceu que o Conselho Nacional do Trabalho desempenhava as atividades de Tribunal Superior, com a função de uniformizar a jurisprudência e compor conflitos coletivos nacionais. Foram criados os Conselhos Regionais do Trabalho, com a responsabilidade de analisar os dissídios coletivos e os inquéritos administrativos. As Juntas de Conciliação e Julgamento solucionavam os dissídios individuais (MARTINS FILHO, 1997, p. 26).

O Conselho Nacional do Trabalho foi organizado em duas câmaras: a da Justiça do Trabalho e a da Previdência Social, funcionando um procurador-geral em face de cada uma das câmaras. Nos Conselhos Regionais do Trabalho atuavam um procurador regional e procuradores que o auxiliavam (MARTINS FILHO, 1997, p. 26-27).

Dentre as funções atribuídas à Procuradoria do Trabalho pelo Decreto-Lei n. 1.237, destacam-se as seguintes: a) encaminhar reclamações trabalhistas para as Juntas de Conciliação e Julgamento (art. 40, § 1º); b) ajuizar dissídios coletivos para a conciliação entre empregadores e empregados em greve (art. 56); c) emitir pareceres em dissídios coletivos (art. 60, § 1º); d) recorrer de decisões em dissídios coletivos que

afetassem o serviço público (art. 77); e) requerer a revisão de decisões de dissídios coletivos após um ano de sua prolação (art. 78, § 1º); e f) requisitar informações de órgãos públicos e dos sindicatos (art. 99) (MARTINS FILHO, 1997, p. 27).

Segundo Ives Gandra Martins Filho (1997, p. 27-28),

[...] verifica-se do rol de funções que lhe eram atribuídas que a Procuradoria do Trabalho tinha, desde as suas origens, feição de Ministério Público, na medida em que seu objetivo era a defesa do interesse público, podendo, para tanto, “quebrar a inércia” do Poder Judiciário, mormente nos casos de greve, além de emitir parecer nos conflitos coletivos de trabalho.

Ao analisar as atribuições do Ministério Público do Trabalho nesse período, Roberto Rangel Marcondes (2010, p. 40) afirma que,

Nesta época, seus agentes estavam diretamente vinculados com o Poder Executivo, promovendo cobrança de multas e outras penalidades pecuniárias aplicadas pelos tribunais trabalhistas e funcionando como órgão de controle das entidades sindicais. Existem registros de atuações de seus membros para inibir os conflitos coletivos e reprimir greves [...]. Percebe-se, pois, que nesta época a Procuradoria do Trabalho funcionava como arrecadador de multas e penalidades pecuniárias à União e reprimia a liberdade sindical, isto é, defendia meramente o interesse público secundário.

Em 1943, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o Ministério Público do Trabalho é considerado como agente direto do Poder Executivo e recebe a incumbência de observar a Constituição Federal, as leis e os demais atos proferidos pelos poderes públicos, em seu âmbito de atuação (art. 736). Determinou-se a subordinação do MPT ao ministro do Trabalho, Indústria e Comércio (art. 737). Tais dispositivos indicam a tutela do interesse da União pelo MPT.

A CLT estabeleceu a responsabilidade do Ministério Público do Trabalho em presidir a mesa de apuração da escolha da diretoria e do conselho fiscal (art. 524, § 3º), ou seja, nos casos relativos ao processo eleitoral dos sindicatos. Ainda, colocou a possibilidade de o MPT instaurar dissídio coletivo em casos de greve (art. 856).

O Supremo Tribunal Federal, em 1943, reconhece à Justiça do Trabalho a vinculação ao Poder Judiciário (RE n. 6.310). Tal condição foi expressamente prevista no art. 122 da Constituição de 1946. Ainda, o texto constitucional previu o Ministério Público da União junto à Justiça do Trabalho (art. 125).

O Decreto-Lei n. 9.070/1946, que regulava a greve, dispunha que a cessação do trabalho sem a observação das disposições legais era considerada falta grave e permitia a rescisão do contrato, sendo que no caso dos empregados estáveis era necessária representação do MPT perante o Tribunal para a ruptura contratual (art. 10, parágrafo único).

Em 1964, no contexto da ditadura civil-militar, é editada a Lei n. 4.330, que tratava das greves. O art. 6º, § 3º, previa que a assembleia geral convocada para deliberar sobre a realização de greve seria presidida por membro do MPT.

O art. 10, § 2º, da Lei n. 4.330 estabelecia que, definida a pauta de reivindicação e deliberada a realização da greve, a entidade sindical deveria comunicar tal situação ao Ministério do Trabalho, que daria ciência ao Ministério Público do Trabalho. Ainda, foi prevista a possibilidade de instauração de dissídio coletivo pelo MPT “para conhecimento das reivindicações formuladas pelos empregados”.

O art. 11 da Lei n. 4.330 fixava a atribuição de o MPT atuar como assistente do Ministério do Trabalho na tentativa de conciliação após a definição da realização da greve. A falta de êxito nesse aspecto exigia do MPT a comunicação do fato ao presidente do Tribunal e a instauração de dissídio coletivo (art. 23).

O art. 24 da Lei n. 4.330 conferia ao MPT a realização de perícias contábeis para analisar os pleitos de aumentos salariais, devendo indicar ao Poder Executivo a redução dos valores reivindicados nas situações que os considerasse excessivos. A atuação do MPT nos casos de greve era incisiva. Conforme relato de Ives Gandra Martins Filho (1997, p. 34-35),

O Min. Golbery havia ficado bem impressionado diante da firmeza com que se houera o Min. Prates de Macedo no episódio da greve dos

metalúrgicos liderada por Luís Inácio da Silva (o Lula, que estava despontando como novo líder sindical do ABC), quando o TRT paulista concedera a reposição salarial pleiteada, e o Min. Prates de Macedo, mesmo pressionado pelo Ministro da Fazenda, Prof. Mário Henrique Simonsen, para não recorrer, ainda assim decidiu fazê-lo.

A Constituição de 1967 estabeleceu o Ministério Público como integrante do Poder Judiciário. Em 1969, a Emenda Constitucional n. 1 recolocou a instituição ministerial como parte do Poder Executivo.

Para Cristiano Paixão, o MPT, entre 1943 e 1988, desempenhava duas principais atividades: a atuação como fiscal da lei nos processos em curso na Justiça do Trabalho e o ajuizamento de dissídios coletivos em caso de greve. Após verificar os dispositivos da Lei n. 4.330 e o contexto da ditadura civil-militar, o autor conclui que

Eram tempos, portanto, de repressão à greve. Evidentemente, a atribuição do MPT para ajuizar dissídios coletivos em caso de paralisação dos serviços, expressamente atribuída pelo art. 856 da CLT, era parte dessa arquitetura institucional voltada ao combate à greve. (PAIXÃO, 2012, p. 441).

As normas indicadas acima demonstram a existência de diversos dispositivos legais que permitiam a interferência do MPT em questões sindicais. Contudo, deve-se pontuar que a atribuição de o Ministério Público do Trabalho promover a aplicação do arcabouço normativo vigente no Brasil tornava-o automaticamente, até 1988, um ente violador da liberdade sindical.

O ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao direito coletivo do trabalho, foi concebido a partir de ideias oriundas do corporativismo, em que se pretendia evitar o conflito coletivo e a luta de classes. Até 1988, as possibilidades de interferência e de intervenção do Ministério do Trabalho nas entidades sindicais eram extensas, a Comissão de Enquadramento Sindical tinha o poder de definir a existência de categorias profissionais e aos sindicatos eram atribuídas funções próprias do Poder Público. Ainda, deve-se destacar que o modelo brasileiro possuía como pilares a unicidade sindical e a contribuição sindical, mantidas no atual texto constitucional. A incumbência do MPT de “observar a Constituição Federal, as leis e os demais atos proferidos pelos poderes públicos” tornava-o agente responsável pela aplicação dos dispositivos

que restringiam as diversas dimensões da liberdade sindical dos atores sociais do mundo do trabalho.

Portanto, verifica-se que, no sistema jurídico vigente no Brasil até 1988, o Ministério Público do Trabalho era uma das peças da engrenagem constituída para inviabilizar o exercício da liberdade sindical.

3 • A Constituição Federal de 1988, a redefinição das atribuições do Ministério Público do Trabalho e as mudanças no âmbito sindical

A Constituição Federal de 1988 foi o documento que assinalou o rompimento com o quadro autoritário vigente desde 31 de março de 1964 e introduziu diversas novidades de caráter democrático no Brasil. Foram promovidas inovações legislativas profundas em aspectos políticos, jurídicos, econômicos e sociais.

O texto constitucional de 1988 representa um marco para o Ministério Público brasileiro. Mudanças radicais ocorreram nas atribuições ministeriais, novos princípios que norteiam a sua atuação foram reconhecidos e a instituição deixou de estar vinculada a um dos três Poderes da República. Tais fatos alteraram as feições do MP.

Otávio Brito Lopes entende que as modificações ocasionadas pela Constituição Federal de 1988 são expressivas. Segundo o autor,

O Ministério Público do Trabalho como conhecemos hoje nasceu em 5 de outubro de 1988. Longe de querer minimizar a fase pretérita da instituição, a verdade é que o MPT pré-Constituição de 1988 e o MPT pós-Constituição de 1988 não são a mesma instituição. A essência difere totalmente. (LOPES, 2006, p. 99).

O Ministério Público, anteriormente subordinado ao Poder Executivo, foi considerado como função essencial à Justiça e constituído como órgão extrapoderes. É uma instituição permanente, autônoma e independente, que deixa de ter o dever de atuar para defender o interesse público secundário, que é o de titularidade do Estado, para tutelar o interesse público primário, ou seja, o interesse da sociedade. Os princípios que regem o

Ministério Público são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo garantida a autonomia funcional e administrativa.

As funções atribuídas ao Ministério Público pela nova ordem constitucional foram a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 37),

Pode-se afirmar, com absoluta certeza, que somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que o Ministério Público brasileiro alcançou seu crescimento maior, sendo atualmente reconhecida a sua independência e atuação em prol dos direitos humanos tanto em nível nacional quanto internacional.

A Lei Complementar n. 75/1993 é editada de forma a permitir a implementação de determinados preceitos constitucionais em relação ao Ministério Público. Os incisos do art. 83 indicam as possibilidades de atuação do MPT “junto aos órgãos da Justiça do trabalho”. Portanto, nota-se que foi relacionado o exercício de atribuições à competência do Judiciário trabalhista, o que não deve ser interpretado de forma dissociada das funções que o texto constitucional atribuiu ao MPT.

A Constituição Federal de 1988 também produziu mudanças importantes no modelo sindical brasileiro, que anteriormente estava edificado sob os pilares do corporativismo, com a previsão da unicidade sindical, da contribuição sindical, de grandes restrições ao exercício do direito de greve e de interferência e intervenção de agentes públicos em diversos aspectos da atividade sindical.

Nos trabalhos da Assembleia Constituinte entre 1987 e 1988, diversos temas relacionados ao direito coletivo do trabalho foram matéria de debate entre os congressistas, assim como o movimento sindical participou com a apresentação de propostas. Para se analisar as transformações existentes na Constituição Federal de 1988, cumpre destacar o entendimento que se tem da autonomia privada coletiva e da liberdade sindical.

A autonomia privada coletiva é conceito central no direito coletivo do trabalho, uma vez que é fundamento da liberdade sindical, da negociação coletiva e da greve. Segundo Ronaldo Lima dos Santos,

Pode-se definir autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho, como o poder de auto-regulamentação das relações de trabalho, ou de matérias correlatas, pelos grupos profissionais e econômicos, por meio de suas organizações representativas. A negociação coletiva é o seu instrumento, as normas coletivas o seu produto. (SANTOS, 2009, p. 133).

Por sua vez, a liberdade sindical é uma liberdade complexa composta por cinco dimensões indivisíveis, interdependentes e interrelacionadas: i) liberdade de associação; ii) liberdade de organização; iii) liberdade de administração; iv) liberdade de exercício de funções; e v) liberdade de filiação e de desfiliação (NASCIMENTO, 2008, p. 40-51; NASCIMENTO, 1991, p. 113-128).

A liberdade de associação trata do direito de fundar sindicatos. A liberdade de organização versa sobre as formas pelas quais as entidades sindicais podem se estruturar. A liberdade de administração, por sua vez, engloba dois aspectos: a autarquia externa (que indica a impossibilidade de interferência externa na administração sindical) e a democracia interna (internalização do princípio democrático nas atividades sindicais). A liberdade de exercício de funções trata da faculdade que os sindicatos dispõem de eleger as atribuições que desempenharão. A liberdade de filiação e de desfiliação se relaciona com a opção dos trabalhadores em se associarem ou não a um sindicato, bem como de se desligarem quando assim decidirem (NASCIMENTO, 2008, p. 40-51; NASCIMENTO, 1991, p. 113-128).

Além das referidas dimensões, a liberdade sindical envolve aspectos individuais e coletivos, na medida que se trata de um direito que abrange o trabalhador e o grupo de trabalhadores, e elementos positivos e negativos, tendo em vista as possibilidades de manifestação de vontade diante do fenômeno sindical. Nesse sentido, Walküre Lopes Ribeiro da Silva, Tamira Maira Fioravante e Tulio de Oliveira Massoni afirmam que a liberdade sindical

[...] pressupõe não impedimento e não constrição (liberdade negativa) e também a autodeterminação (liberdade positiva), de modo que combina as características dos dois tipos de liberdade. Isso se evidencia no âmbito das organizações sindicais, na proibição da ingerência ou intervenção de terceiros na esfera de liberdades que lhes é reconhecida e na auto-regulação dos interesses coletivos, e, no âmbito dos trabalhadores e empregadores individualmente considerados, no gozo da liberdade de constituir sindicatos de sua escolha, bem como se filiar, não se filiar ou se desfiliar destes, e na participação nas assembleias sindicais que deliberam sobre seus interesses. (SILVA; FIORAVANTE; MASSONI, 2006, p. 65).

A liberdade sindical possui densidade normativa nos instrumentos internacionais de direitos humanos e representa o ponto de convergência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, dado que está prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 22, 2), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, 4), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 16) e no Protocolo de San Salvador (art. 8º), todos ratificados pelo Brasil nos anos 1990 e com *status* infraconstitucional e supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹.

Também, cumpre destacar as Convenções n. 87 e n. 98 da OIT, sendo que apenas a segunda foi ratificada pelo Brasil. A primeira é considerada como padrão normativo internacional em relação às dimensões da liberdade sindical. A Convenção n. 98 da OIT trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva e prevê a proteção do trabalhador em face de atos de discriminação relacionados à liberdade sindical e a tutela das entidades sindicais diante de atos de ingerência praticados por outros entes.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 apresentou avanços e retrocessos no tocante ao modelo sindical. O direito coletivo do trabalho foi inserido no âmbito dos “direitos e garantias fundamentais”, situação inédita ao se observar a evolução constitucional do País (KALIL, 2013).

O *caput* do art. 8º estabelece que “é livre a associação profissional ou sindical”. Em que pese tal previsão, a permanência de elementos que

1 STF - RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.12.2008, Plenário, *DJe* de 5 jun. 2009, com repercussão geral.

criam obstáculos ao exercício desse direito ao restringir a prática de determinadas dimensões da liberdade sindical atinge a mencionada característica da interdependência.

O inciso I dispõe que os sindicatos não precisarão de autorização do Estado para funcionar, não tendo o registro sindical o condão de inviabilizar a criação da entidade. Ainda, prevê que os poderes públicos não poderão interferir e intervir nos sindicatos. Esse inciso representa o principal avanço da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que desvincula o Estado das atividades sindicais.

O inciso II prevê o princípio da unicidade sindical, em que

É vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Esse preceito viola a liberdade de organização, na medida em que (i) constitucionaliza o monopólio sindical, (ii) demanda que determinado grupo se caracterize como “categoria” nos termos do art. 511 da CLT, para ter condições de se organizar em sindicatos, e (iii) fixa uma base territorial mínima para as “categorias” poderem se organizar (KALIL, 2013).

O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, ao analisar esse dispositivo, expressou o seguinte entendimento no parágrafo 314 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical:

Disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau de organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2006, p. 66).

O art. 8º, III, da CF atribuiu aos sindicatos ampla legitimidade para atuar em defesa dos direitos e interesses de seus representados nos âmbitos judicial e extrajudicial. O inciso IV do art. 8º determinou a manutenção da contribuição sindical, prevista no art. 578 da CLT, e criou um novo instrumento de financiamento dos sindicatos: a contribuição confederativa.

A existência de mecanismos compulsórios de financiamento sindical é considerada pela OIT como violadora da liberdade sindical. Nesse sentido, o Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT pontua que

[...] convém distinguir as cláusulas de segurança sindical permitidas por lei e as impostas por lei, dado que apenas estas últimas são resultado de um sistema de monopólio sindical contrário aos princípios da liberdade sindical. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2006, p. 76).

O art. 8º, V, assegura a liberdade de filiação, desfiliação e não filiação aos sindicatos. Trata-se de importante dimensão da liberdade sindical, cujo exercício é prejudicado no Brasil. Nesse sentido, Mozart Victor Russomano (1995, p. 74) afirma que, “no regime de unicidade sindical, a liberdade do trabalhador ou do empresário reduz-se àquela opção singular e cortante: ingressar, ou não, no sindicato único”.

O inciso VI estabelece a obrigatoriedade de os sindicatos participarem das negociações coletivas, dispositivo que valoriza o papel das entidades sindicais em um contexto no qual se atribui grande relevância aos instrumentos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI). O art. 8º, VII, trata do direito de sindicalização do trabalhador aposentado.

Finalmente, o art. 8º, VIII, prevê a garantia de emprego do dirigente sindical, de forma a garantir que a representação dos trabalhadores ocorra de forma adequada. Trata-se de preceito em consonância com a Convenção n. 98 da OIT.

É inegável que ocorreram avanços com a Constituição Federal de 1988: i) proibição de o Estado intervir e interferir nas entidades sindicais; ii) previsão de ampla legitimidade de os sindicatos atuarem na defesa de seus representados; iii) importância conferida à negociação coletiva; e iv) elevação ao âmbito constitucional da liberdade de filiação e da garantia de emprego dos dirigentes sindicais.

Entretanto, não se deve deixar de mencionar os graves retrocessos para a liberdade sindical existentes no texto constitucional, consubstanciados na constitucionalização da contribuição sindical e do princípio da unicidade sindical.

O estabelecimento do modelo sindical brasileiro nos termos acima descritos consolidou uma situação na qual, se não é possível afirmar que está vigente no País o modelo corporativista, da mesma forma é inviável entender que temos um sistema que consagra a liberdade sindical nos termos previstos pela Convenção n. 87 da OIT.

O art. 114 do texto constitucional, que trata da competência da Justiça do Trabalho, dispõe da atribuição para analisar os casos de greve, representação sindical e questões intra e intersindicais, bem como da possibilidade de o MPT ajuizar dissídio coletivo em caso de greve de atividade essencial.

É diante desse intrincado cenário que o Ministério Público do Trabalho possui a atribuição de promover e garantir a liberdade sindical.

A análise das possibilidades de atuação do Ministério Público do Trabalho nas questões sindicais deve levar em consideração a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, assim como tem de observar a consagração da liberdade sindical no *caput* do art. 8º da Constituição Federal e a proibição de os poderes públicos praticarem atos que caracterizem intervenção e interferência nas entidades sindicais, como previsto no inciso I do referido artigo. A conjugação de todos esses elementos, tarefa que não é simples em face das inúmeras modificações que ocorreram nos últimos 25 anos, é que permite delimitar de maneira fundamentada e sólida as situações em que o MPT possui o poder-dever de atuar em matéria sindical.

4 • A atuação do Ministério Público do Trabalho e a liberdade sindical

A atuação do Ministério Público do Trabalho nas questões sindicais é complexa, pois, ao mesmo tempo em que deve promover ações para tutelar a liberdade sindical, há a necessidade de não adotar medidas que impliquem a violação da autonomia das entidades sindicais. Nesse sentido, Ricardo José Macedo de Britto Pereira (2010, p. 467) afirma que

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, após a EC n. 45/04, provocou verdadeira enxurrada de casos sobre disputa sindical no âmbito trabalhista, com as mais variadas nuances, exigindo novas reflexões e discussões. Passou a ser necessário assumir posições e formar convicções num contexto de tensão entre liberdade e unicidade sindical, bem como entre continuidade e ruptura do esquema autoritário dentro do qual se desenvolveu o sindicalismo brasileiro em detrimento do modelo livre e democrático consagrado em instrumentos internacionais.

É de fundamental importância determinar os limites da atividade ministerial em face da autonomia sindical prevista no texto constitucional, que resguarda os sindicatos contra a intervenção indevida do Estado. Definir não só em que casos atuar, mas também quando e de que maneira.

É importante mencionar a existência da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (Conalis) no âmbito do MPT, criada por meio da Portaria da Procuradoria-Geral do Trabalho n. 211, de 28 de maio de 2009. De acordo com o considerando *b* da mencionada portaria, há

[...] necessidade de o Ministério Público do Trabalho, dentre os objetivos fixados em seu Planejamento Estratégico, atuar em defesa da liberdade sindical e buscar a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho, devendo, para tanto, promover atividades extrajudiciais e judiciais para garantir a democracia sindical, combater os atos antissindicais, assegurar o direito de greve, atuar como mediador ou árbitro nos conflitos coletivos de trabalho, incentivar a negociação coletiva como forma de melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Tendo em vista a diversidade de âmbitos de atuação do MPT na matéria sindical que ensejam o debate dos limites da ação ministerial, selecionaram-se três pontos para serem abordados no presente trabalho: as condutas relacionadas às tensões existentes entre o princípio da liberdade sindical e da unicidade sindical, o posicionamento diante das greves e a postura em face da contribuição assistencial.

A opção por tratar desses temas ocorre pelos motivos que seguem. As ações do MPT para promover e garantir a liberdade sindical devem ser realizadas em um contexto no qual existe um expressivo elemento que restringe o exercício desse direito, que é a unicidade sindical². O posicionamento do MPT diante das greves atualmente é relevante na me-

2 O STF já se manifestou no sentido de entender a unicidade sindical como a maior limitação existente à liberdade sindical (STF - RE 310811, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 12.5.2009, Segunda Turma, *DJe* de 5 jun. 2009).

didada em que a instituição ministerial fazia parte do sistema concebido para criar dificuldades ao exercício desse direito até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A postura do MPT em face da cobrança da contribuição assistencial será abordada por ser tema polêmico, a ponto de o MPT ter sido denunciado no Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT em decorrência de sua atuação em relação à matéria³ e pelo fato de o MPT ter elaborado uma orientação no âmbito da Conalis sobre o tema, que foi posteriormente revogada⁴.

O estudo da atuação do Ministério Público do Trabalho para promover e garantir a liberdade sindical envolve o exame das condutas antissindicalistas⁵, tanto para verificar as possibilidades de a instituição ministerial combater tais práticas realizadas pelo Estado, empregadores e trabalhadores como para analisar as situações em que o próprio MPT pode ser agente ativo de atos antissindicalistas.

As condutas antissindicalistas são atos que causam prejuízo à liberdade sindical. No Brasil, há proteção contra essas condutas no art. 8º, I, V e VIII, da Constituição Federal. Além disso, o País ratificou em 1952 a Convenção n. 98 da OIT.

O ato antissindical, segundo Oscar Ermida Uriarte, é

[...] toda atitude ou conduta que prejudica a causa da atividade sindical ou que limita a mesma além do que surge do jogo normal das relações

3 Trata-se da Reclamação n. 2739. Após analisar a manifestação das entidades sindicais, do governo brasileiro e do MPT, o Comitê de Liberdade Sindical entendeu que a atuação ministerial não viola a liberdade sindical, que é importante o diálogo estabelecido entre a Conalis e as entidades sindicais e que o Brasil deveria tomar medidas para a ratificação da Convenção n. 87 da OIT (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2012, p. 84-89).

4 A Orientação n. 3 da Conalis previa que “é possível a cobrança de contribuição assistencial/negocial dos trabalhadores, filiados ou não, aprovada em assembleia geral convocada para este fim, com ampla divulgação, garantida a participação de sócios e não sócios, realizada em local e horário que facilitem a presença dos trabalhadores, desde que assegurado o direito de oposição, manifestado perante o sindicato por qualquer meio eficaz de comunicação, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inclusive quanto ao prazo para o exercício da oposição e o valor da contribuição”.

5 O combate às condutas antissindicalistas é matéria considerada de grande importância para o MPT, o que é indicado pela aprovação de projeto no âmbito da Conalis com objetivo de lidar com o assunto, cuja criação foi deliberada na reunião da coordenadoria realizada nos dias 10 e 11.10.2013 em Brasília-DF.

coletivas. Em outras palavras, os atos ou práticas anti-sindicais podem ser definidos como aqueles que prejudicam indevidamente a um titular de direitos sindicais no exercício da atividade sindical ou por causa desta ou aqueles mediante os quais se lhes negue, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva. (URIARTE, 1989, p. 35).

Os agentes que praticam os atos antissindicais podem ser todos aqueles envolvidos nas relações coletivas de trabalho, quais sejam: empregador ou sua entidade sindical representativa, o Estado e o trabalhador ou seu sindicato representativo. Segundo Alice Monteiro de Barros, o empregador é o mais propenso a praticar conduta antissindical. Para a autora,

[...] ainda que indiretamente, através de comportamentos com aparência de legitimidade, amparados em necessidades da produção pelos seus representantes que possuem poder de mando delegado. A imputação ao empregador da responsabilidade pela conduta de seus diretores e prepostos reside nonexo causal materializado, na circunstância de que os poderes a estes conferidos são exercitados em nome daquele. Esse raciocínio encontra amparo no art. 1.521, III, do Código Civil Brasileiro e no art. 843 da CLT. (BARROS, 1998, p. 334).

O Estado pratica ato antissindical na medida em que também pode ser parte das relações coletivas de trabalho, prejudicando a atuação do sindicato ou a relação entre os trabalhadores e sua entidade representativa. Ademais, pode-se vislumbrar a prática antissindical do Estado como legislador, quando cria dispositivos que impõem muitos obstáculos ao exercício da liberdade sindical. Exemplo dessa situação é verificado pela leitura do art. 544 da CLT, que prevê a preferência do trabalhador sindicalizado em face ao não sindicalizado em relação a determinadas situações. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e de seu art. 8º, esse dispositivo celetista não foi recepcionado (BARROS, 1998, p. 343).

Os trabalhadores ou o sindicato representativo realizam atos antissindicais quando criam dificuldades para o exercício de direitos sindicais de outros trabalhadores, de outros sindicatos, do próprio sindicato ou dos próprios trabalhadores representados. Alice Monteiro de Barros entende que a previsão de um número excessivo de dirigentes sindicais para compor a diretoria de uma determinada entidade é exemplo de ato antissindical praticado pelo sindicato de trabalhadores, uma vez

que pode ser um obstáculo para a inscrição de chapas para as eleições sindicais (BARROS, 1998, p. 343).

Segundo a doutrina e instrumentos internacionais de direito do trabalho, existem três principais espécies de condutas antissindicais: os atos de discriminação, os atos de ingerência e as práticas desleais, sendo os dois primeiros estabelecidos pela Convenção n. 98 da OIT.

Os atos de discriminação são as condutas que têm por objetivo “sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato, ou deixe de ser membro de um sindicato” (art. 1º, 2, *a*, da Convenção n. 98 OIT), ou

[...] causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho (art. 1º, 2, *b*, da Convenção n. 98 da OIT).

Como exemplo, podemos mencionar os *yellow dog contracts*, no qual “o trabalhador firma com seu empregador compromisso de não filiação a seu sindicato como critério de admissão e manutenção no emprego” (DELGADO, 2008, p. 1308). É importante destacar que o § 6º do art. 543 da CLT prevê penalidade administrativa para a empresa que impedir o trabalhador de associar-se ao sindicato, realizar as atividades de dirigente sindical ou exercer os direitos sindicais. Coloca ainda que a penalidade administrativa eventualmente aplicada não inibe o trabalhador de requerer a reparação dos danos sofridos.

A liberdade de filiação, desfiliação e não filiação prevista no art. 8º, V, da Constituição Federal de 1988 e a garantia de emprego reconhecida ao dirigente sindical no art. 8º, VIII, do texto constitucional e no art. 543 da CLT são formas de combater os atos de discriminação.

Os atos de ingerência são as condutas que possuem o escopo de

[...] promover a constituição de organizações de trabalhadores dominadas por organizações de empregadores ou manter organizações de trabalhadores com recursos financeiros ou de outra espécie, com o objetivo de sujeitar essas organizações ao controle de empregadores ou de organizações de empregadores (art. 2º, 2, da Convenção n. 98 da OIT).

São os casos dos chamados sindicatos amarelos, em que “o próprio empregador estimula e controla (mesmo que indiretamente) a organização e ações do respectivo sindicato obreiro” (DELGADO, 2008, p. 1308).

A vedação de interferência e intervenção de agentes públicos nas entidades sindicais nos termos do art. 8º, I, da Constituição Federal de 1988 é mecanismo de obstar a prática de atos de ingerência. A Conalis possui orientação referente ao combate a essa espécie de conduta antissindical: “afronta a liberdade sindical o financiamento patronal do sindicato profissional” (Orientação n. 1).

Os mecanismos de combate aos atos de discriminação e de ingerência são mais estruturados nos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica (PEREIRA, 2012, p. 421).

As práticas desleais, segundo Cláudio Armando Couce de Menezes (2005, p. 46), ocorrem quando uma parte das relações coletivas de trabalho se recusa a realizar negociação coletiva, quando pratica atos de violência com o intuito de intimidar os trabalhadores que desejam criar uma entidade sindical ou pretendem constituir um canal de representação interna em uma determinada empresa, quando há coação ou ameaça de represálias aos trabalhadores que aderem ao movimento grevista, quando o empregador desestimula os trabalhadores a participarem de greve ou de sindicato mediante oferecimento de vantagens. Os mecanismos de combate às práticas desleais possuem maior densidade nos sistemas jurídicos de inspiração anglo-saxã (PEREIRA, 2012, p. 421).

Como exemplo, podemos mencionar a lista negra (ou *mise à l'index*), que consiste na elaboração de uma relação com o nome de trabalhadores com atuação no movimento sindical e que circula entre os empregadores, de forma a criar dificuldades para esses trabalhadores no mercado de trabalho. Também, existem casos de sindicatos de trabalhadores que elaboram listas com o objetivo de constrangimento dos não filiados (DELGADO, 2008, p. 1308).

Portanto, o exame das três situações mencionadas terá por pressuposto as formas pelas quais o MPT pode promover e garantir a liberdade sindical, bem como inibir e reprimir as condutas antissindicais, sem que a instituição ministerial incorra em interferência e intervenção nas enti-

dades sindicais e em conseqüente violação ao art. 8º, I, da Constituição Federal de 1988.

4.1 • O Ministério Público do Trabalho e as tensões entre os princípios da liberdade sindical e da unicidade sindical

A ordem jurídica brasileira consagra dois princípios no âmbito do direito coletivo do trabalho que são impossíveis de conciliar: a liberdade sindical e a unicidade sindical. Tal incompatibilidade, já citada, foi reconhecida pela OIT, como mencionado nas linhas anteriores. Nesse contexto, cumpre indagar o papel que o MPT desempenha enquanto instituição essencial à Justiça e responsável por tutelar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Há posicionamento que compreende prejudicada a atuação do MPT como promotor da liberdade sindical do modelo sindical previsto no texto constitucional. Segundo Ulisses Dias Carvalho (2013, p. 250),

De logo, observa-se que a instituição ministerial é um órgão estatal que tem como principal função a manutenção da ordem estabelecida. É órgão de controle da ordem jurídica, que não possui legitimidade para dar início a movimento “contra o sistema”. O Ministério Público é um aparelho do Estado, que não funciona através da violência, mas sim pela ideologia. Ideologia adotada pelo Estado que o criou. Portanto, o modelo jurídico criado pelo legislador constitucional de 1988 vincula necessariamente a atuação do *Parquet* brasileiro. Se as linhas mestras desse sistema, os princípios e regras fundamentais, de qualquer modo, restringem a liberdade sindical do trabalhador, a atuação do Ministério Público em busca da efetivação desta liberdade estará necessariamente comprometida. A liberdade buscada pela instituição é aquela cujas diretrizes estão expostas no sistema jurídico, ainda que ela não reflita o ideal de liberdade que deve ser garantida aos trabalhadores em suas organizações coletivas.

Ainda, estabelece situações em que o MPT poderia atuar para fortalecer o movimento sindical: i) promover a conscientização da relevância dos sindicatos; ii) exigir a implementação da representação de trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, nos termos do art. 11 da Constituição Federal; iii) combater as fraudes eleitorais; iv) tutelar a vedação de interferência e intervenção nas entidades sindicais; v) não permitir abusos na fixação de contribuições pelos sindicatos; vi) deman-

dar que os sindicatos desempenhem seu papel social; e vii) tutelar a liberdade ideológica das entidades sindicais (CARVALHO, 2013, p. 252).

Ricardo José Macedo de Britto Pereira (2010, p. 471) entende necessária a conciliação da autonomia com a unicidade sindical, devendo a atuação do MPT observar as seguintes balizas:

As atuações estatais devem ser precedidas de contato direto com os interessados, por meio de reuniões bi ou tripartites. O direito de liberdade sindical como elemento essencial de uma sociedade democrática não comporta, como forma preferencial de atuação, posturas unilaterais e isoladas, sem debates públicos. A posição de autoridade, em relação a esse direito, deve ceder para o permanente diálogo; as medidas de força devem conferir espaços para estratégias conciliatórias. Evidentemente, em situações específicas, é necessário utilizar com rigor as prerrogativas legais conferidas aos Procuradores.

O autor entende que o MPT deve atuar em questões relacionadas à democracia interna das entidades sindicais e ao financiamento dos sindicatos. No tocante à unicidade, defende que a sua tutela deve ocorrer apenas pelos sindicatos e sugere a adoção da noção de sindicato mais representativo para se apontar o sindicato representante da categoria (PEREIRA, 2010, p. 472-478).

Tendo em vista a apontada inviabilidade na conciliação entre a liberdade sindical e a unicidade sindical, entendemos que a atuação do MPT acaba por privilegiar a efetivação de um desses princípios, apesar de a instituição ministerial não poder praticar atos que inviabilizem o outro.

A proximidade do princípio da liberdade sindical com os direitos humanos – fato que se verifica a partir da sua consagração no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, todos ratificados pelo Brasil – e a função do Ministério Público brasileiro de tutelar os direitos humanos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 indicam que o MPT deve atuar na promoção desse preceito. Nessa mesma linha, deve-se pontuar que a liberdade sindical é expressão do regime democrático, fato que atrai para o MPT a tutela desse direito (SANTOS, 2006, p. 1341).

Nesse sentido, se não cabe ao MPT promover ações para questionar a permanência da unicidade sindical no ordenamento jurídico, a instituição ministerial pode atuar para fortalecer as entidades sindicais sob a perspectiva da liberdade sindical e auxiliar na democratização das relações de trabalho. Existem diversos casos em que a promulgação da Constituição Federal de 1988 demandou do Poder Judiciário trabalhista o exercício de interpretação para analisar a compatibilização dos dispositivos legais pré-1988 com o novo texto constitucional. Nessas situações, o MPT tem condições de desempenhar papel relevante. A seguir, serão apresentadas duas situações em que o MPT pode contribuir para aprimorar as relações coletivas de trabalho no Brasil.

O primeiro campo em que vislumbramos a atuação do Ministério Público do Trabalho dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação é em relação ao número de dirigentes sindicais a que se reconhece a garantia de emprego.

O art. 8º, VIII, da Constituição Federal de 1988 prevê esse direito para detentores de cargo na diretoria sindical, sem fixar o número de dirigentes abrangidos pela garantia de emprego. O STF entende que o art. 522 da CLT, que prevê a garantia de emprego para sete dirigentes e para sete suplentes, foi recepcionado pelo texto constitucional⁶. O TST adota o mesmo posicionamento, conforme a Súmula n. 369.

Entendemos que a admissão da recepção do art. 522 da CLT é motivo de interferência e intervenção do Estado nas entidades sindicais. Os Tribunais, ao estabelecerem que todo e qualquer sindicato tem o mesmo número de dirigentes com garantia de emprego, independentemente do número de categorias representadas e da dimensão da base territorial abrangida, tratam entidades sindicais distintas de forma igual.

A adoção do mencionado entendimento pelos tribunais tem por objetivo conferir maior proteção ao direito potestativo de o empregador

6 “Constitucional. Trabalho. Sindicato: dirigentes: CLT, art 522: Recepção pela CF/88, art. 8º, I. O art. 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, artigo 8º, I” (RE 193345, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 13.4.1999, Segunda Turma, DJ de 28 maio 1999).

dispensar trabalhadores em detrimento da tutela de atos de discriminação em face de dirigentes sindicais. Eventuais abusos que possam ser identificados na composição das diretorias sindicais devem ser questionados judicialmente, com fulcro no art. 114, III, da Constituição Federal de 1988, por violação do art. 187 do Código Civil (KALIL, 2013).

O segundo aspecto em que vislumbramos a atuação do MPT é no tocante aos critérios adotados para a realização do desmembramento de bases territoriais e de dissociação de categorias.

Da promulgação do texto constitucional até recentemente, a jurisprudência se posicionou no sentido de que, mantida a base territorial municipal e a representação da categoria com observância da identidade, não existiriam obstáculos para a divisão da entidade sindical. É a adoção do critério da especialização. Cabe destacar também que, quando dois ou mais sindicatos pleiteavam representar determinada categoria, os tribunais se posicionavam no sentido de conferir o direito de representação à entidade sindical que tivesse obtido o registro sindical em um primeiro momento.

Entretanto, nota-se que o TST tem julgado determinados casos com a aplicação da noção de sindicato mais representativo, utilizando como parâmetro o princípio da agregação sindical⁷. Consideram-se como mais representativas as entidades mais antigas e mais abrangentes.

Apesar de a forma pela qual o TST identifica o sindicato mais representativo ser passível de críticas, nota-se que a mudança de postura do Tribunal é positiva, tendo em vista que indica preocupação com a efetividade da ação sindical (KALIL, 2013). A atuação do MPT nessas situações pode contribuir para se fixar um critério mais adequado para determinar a entidade sindical mais representativa.

7 Nesse sentido: (i) AIRR - 1335-20.2010.5.02.0003 , rel. min. Mauricio Godinho Delgado, data de julgamento: 14.11.2012, 3ª Turma, data de publicação: 23.11.2012; (ii) RR - 146140-90.2005.5.02.0472, rel. min. Mauricio Godinho Delgado, data de julgamento: 11.5.2011, 6ª Turma, data de publicação: 20.5.2011; (iii) AIRR - 719-89.2010.5.18.0006, rel. min. Mauricio Godinho Delgado, data de julgamento: 29.10.2012, 3ª Turma, data de publicação: 31.10.2012.

4.2 • O Ministério Público do Trabalho e o posicionamento diante das greves

A greve é direito previsto no art. 9º da Constituição Federal de 1988, quando enuncia que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. A forma pela qual o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu o direito de greve a partir da nova ordem constitucional rompe com o modelo repressivo vigente durante a ditadura civil-militar ao não admitir mecanismos que criem obstáculos ao movimento grevista e ao indicar de forma explícita que os trabalhadores detêm o poder de analisar a oportunidade de definir os interesses a serem defendidos por meio do exercício desse direito. No âmbito infraconstitucional, a regulação desse direito ocorreu com a edição da Lei n. 7.783/1989.

O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT considera a greve um direito fundamental dos trabalhadores e um instrumento por meio do qual os trabalhadores e suas organizações podem defender os seus interesses profissionais, econômicos e sociais em face do Estado e dos empregadores⁸.

Cristiano Paixão entende que, a partir da Constituição Federal de 1988, o MPT não possui o poder de atuar com o objetivo de cessar a greve, apesar de a realização do movimento paredista demandar atenção da instituição ministerial. Parte-se do pressuposto que a ação ministerial deve ser pautada na defesa do direito de greve. Nesse sentido, o autor pontua algumas hipóteses de atuação do MPT diante de greves, tanto no âmbito extrajudicial como na esfera judicial (PAIXÃO, 2012, p. 445-450).

No primeiro caso, mencionam-se dois instrumentos: i) a mediação, sendo importante observar o contexto no qual ocorre a paralisação (p. ex., em determinadas situações é promovida a greve como forma de retomada de um processo negocial que se encontra bloqueado), a diferença do

⁸ Tais previsões constam nos parágrafos 520, 521, 522, 526 e 527 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2006).

papel do MPT e do Judiciário trabalhista (p. ex., pode-se tentar obter uma solução sem a necessidade de a instituição ministerial se pronunciar a favor de uma das partes) e as possibilidades no uso desse mecanismo (p. ex., solução ampliada do conflito inicialmente delineado); e ii) o inquérito civil, para apurar irregularidades praticadas pelos atores sociais envolvidos na greve (PAIXÃO, 2012, p. 446-448).

No segundo aspecto, indicam-se dois casos de atuação do MPT: i) como fiscal da lei, nas situações em que uma das partes do conflito coletivo acionar o Poder Judiciário com a finalidade de pronunciamento sobre os impasses envolvidos na greve; e ii) no ajuizamento de dissídio coletivo pela instituição ministerial, nos termos do art. 114, § 3º, da Constituição Federal, sendo que tal previsão deve ser interpretada de forma restritiva (PAIXÃO, 2012, p. 448-449).

O dissídio coletivo de greve, segundo Ronaldo Lima dos Santos (2008, p. 285), tem por objetivo

A apreciação de controvérsia sobre a regularidade da greve, o julgamento das reivindicações que deram origem ao conflito e a apreciação de outras matérias correlacionadas com o movimento grevista, como a manutenção dos serviços essenciais ou inadiáveis da comunidade, a continuidade dos serviços cuja paralisação acarretem prejuízos irreversíveis ao empregador, o ressarcimento de danos morais e materiais difusos e coletivos associados à coletividade etc.

Esse instrumento processual, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estado Novo varguista e ainda em vigor no País, foi concebido como mecanismo de limitação ao exercício do direito de greve e de internalização dos conflitos coletivos de trabalho pelo Estado, com o objetivo de controlar os rumos das greves. A análise do cabimento do dissídio coletivo deve levar em consideração todo o arcabouço jurídico estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988.

Ronaldo Lima dos Santos verifica que, a partir da nova redação do art. 114 do texto constitucional elaborada pela EC n. 45/2004, as possibilidades de ajuizamento de dissídio coletivo pelo MPT ficaram reduzidas. De acordo com o autor,

A EC 45/2004 trouxe um novo balizamento para a instauração de instância pelo Ministério Público, exigindo, ao lado dos dois requisitos anteriores (greve e ameaça à ordem jurídica ou ao interesse público), que a greve ocorra em atividades essenciais. Desse modo, houve uma maior restrição às hipóteses de suscitação de dissídio coletivo pelo *Parquet*, que somente se verifica nos casos de greves em atividades essenciais com possibilidade de lesão ao interesse público, ou seja, na presença conjunta desses três requisitos: a) greve; b) que a greve ocorra em atividades essenciais; c) que haja lesão ou ameaça de lesão a interesse público (interesses da coletividade, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). (SANTOS, 2008, p. 286-287).

O autor ainda coloca que, nos casos de greve em atividades não essenciais ou de movimentos paredistas em atividades essenciais sem lesão ou ameaça de lesão a interesse público, o MPT não detém legitimidade para propor dissídio coletivo de greve (SANTOS, 2008, p. 287).

Outro aspecto relevante que se relaciona com as greves e que merece análise são as situações que envolvem o interdito proibitório. Essa medida processual está prevista no art. 932 do Código de Processo Civil:

O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Trata-se de instrumento que tem por objetivo tutelar a posse, enquanto elemento de exteriorização do domínio, de forma preventiva em situações nas quais se identifique conduta de um agente com a intenção de praticar ilegalidades diante do direito do possuidor (*animus possidendi*) e que se caracterizem como atos ilícitos, a exemplo da turbação e do esbulho. Nesses casos, ainda não houve a violação da posse, mas existem elementos suficientes para se verificar a ameaça a esse direito (SANTOS, 2011, p. 545).

Atualmente, verifica-se o uso disseminado do interdito proibitório por parte dos empregadores em greves, sob o argumento de que o movimento dos trabalhadores ameaça a propriedade da empresa. Com os interditos proibitórios, o direito de greve, que envolve um conflito coletivo da re-

lação capital-trabalho e questões atinentes ao mundo do trabalho, tem o seu núcleo deslocado para a discussão do direito de posse.

Ronaldo Lima dos Santos afirma que o uso do interdito proibitório como forma de tutela do empregador nas greves configura uma atecnia jurídico-processual, uma vez que esse instrumento tem por objeto proteger o direito de posse (que é decorrente da manifestação de um direito real, relaciona-se com coisa determinada e é limitado pelo direito de propriedade e pela boa-fé de terceiros) e possui grandes diferenças com a atividade empresarial (que é direito pessoal e obrigacional, relaciona-se com a organização dos fatores de produção e deve observar a função social, a valorização do trabalho humano e os ditames da justiça social) (SANTOS, 2011, p. 546-547).

Ericson Crivelli entende que a admissão dessa medida processual em casos de greve contraria um dos principais preceitos da OIT. De acordo com o autor,

Ao acolher o pedido da concessão da garantia judicial da posse, no caso das greves, o juiz está considerando, em síntese, o trabalho humano como extensão da coisa cuja posse se pretende proteger. As reiteradas decisões do judiciário brasileiro estendem, na prática, aplicação do direito real ao trabalho humano, visto neste particular, como um fator de produção que, uma vez impedido pela linha de piquete de adentrar ao local de trabalho, impede ao empregador proprietário o uso e gozo de sua posse.

[...]

Conclui-se, pois que a coisificação do trabalho leva as decisões do judiciário brasileiro de volta a um padrão jurídico do século XIX – quando o Direito desconhecia a regulação das relações de trabalho –, fazendo-se cada vez mais urgente a efetividade da Declaração de Filadélfia que formalmente advertiu-nos, em 1944, que o trabalho não é uma mercadoria. (CRIVELLI, 2009, p. 1424).

Na mesma linha, Ronaldo Lima dos Santos pontua que o acolhimento do interdito proibitório pelo Poder Judiciário transforma a greve, um fato social, em questão policial. Segundo o autor,

A concessão de interditos proibitórios nas situações de greve repousa numa visão notavelmente patrimonialista e policialasca das relações de trabalho, máxime das relações coletivas de trabalho, em detrimento

da visão social do direito de greve, que figura no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental dos trabalhadores (art. 9º, CF/88), o qual, porém, é injustificadamente equiparado a atos ilícitos de turbacão ou esbulho da posse para conceder-se interdito proibitório em favor dos empregadores. Essa ilacão torna-se mais perigosa à medida que a reduçãõ do conflito a uma suposta questãõ possessória poderia justificar inclusive o exercício da autotutela pelos empregadores, pela prática do desforço possessório; garantido no art. 1.210, § 1º, do CCB, com ampla possibilidade de realmente transformar um conflito social em caso de polícia. Demonstra-se inclusive despiciendo relatar todas as Cartas Internacionais de Direitos Humanos e as normas da OIT que consagram a greve como direito fundamental dos trabalhadores, corolário do direito de liberdade sindical. (SANTOS, 2011, p. 549).

O interdito proibitório, da forma pela qual é utilizado nos movimentos paredistas no Brasil e conforme as análises colocadas acima, configura ato antissindical praticado pelo Estado e pelos empregadores, na medida em que viola o princípio da presunção de inocência e da boa-fé dos trabalhadores, pois, em diversas situações, o simples anúncio do exercício do direito de greve enseja a propositura e concessãõ dessa medida. Ainda, coloca-se que o interdito proibitório acaba por inviabilizar a promoçãõ de atividades sindicais nas greves que são acolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a realizaçãõ de assembleias na frente da empresa, a distribuiçãõ de panfletos, o uso de carros de som para divulgar o movimento, entre outros (SANTOS, 2011, p. 549).

A atuaçãõ do MPT nos casos que envolvem interdito proibitório e o direito de greve pode ocorrer no âmbito extrajudicial e judicial. Na primeira situaçãõ, por meio da instauraçãõ de inquéritos civis que tenham por objetivo apurar situações em que há prática corrente dos empregadores no ajuizamento de interditos proibitórios diante da mera iminência do início do movimento grevista. Na esfera judicial, a açãõ do Ministério Público pode ocorrer de duas maneiras: i) como fiscal da lei nas ações de interdito proibitório propostas pelos empregadores, uma vez que envolve interesses coletivos e sociais, emitindo pareceres e atuando de forma a não permitir que sejam obstadas as atividades sindicais que se relacionam com a realizaçãõ do movimento paredista; e ii) por meio do ajuizamento de ações civis públicas, com a finalidade de tutelar e garantir o exercício da greve pelos trabalhadores em face de situações em que há a violaçãõ explícita desse direito pelos empregadores ou quando tal fato é apurado por meio de investigaçãõ do MPT.

4.3 • O Ministério Público do Trabalho e a postura em face da contribuição assistencial

No Brasil, o financiamento das entidades sindicais ocorre por meio de quatro elementos: a contribuição sindical, a contribuição confederativa, a contribuição assistencial e as mensalidades. A análise realizada na presente seção terá como enfoque os trabalhadores, apesar da possibilidade de essas contribuições também serem exigidas dos empregadores.

A contribuição sindical é mecanismo compulsório de custeio dos sindicatos, concebido com a finalidade de controlar as entidades sindicais. Está regulamentada entre os arts. 578 e 610 da CLT. A Constituição Federal de 1988 recepcionou a contribuição sindical no art. 8º, IV. Possui caráter parafiscal e é devida por todos os trabalhadores, independentemente da filiação ao sindicato.

Em relação aos trabalhadores, como regra geral, é descontado o equivalente a um dia de salário no mês de março e há repasse para as entidades sindicais e o governo no mês de abril. De acordo com o art. 589 da CLT, a distribuição dos valores obedece a seguinte proporção: 60% para o sindicato, 15% para a federação, 5% para a confederação, 10% para a central sindical e 10% para a Conta Especial Emprego e Salário. A destinação da contribuição sindical está exposta no art. 592 da CLT.

A contribuição confederativa está disposta no art. 8º, IV, do texto constitucional e tem por objetivo custear o sistema confederativo. A fixação do valor a ser cobrado é determinada por assembleia geral da categoria, descontando-se em folha de pagamento. Há posicionamento consolidado no STF de que essa contribuição é devida apenas por filiados, nos termos da Súmula n. 666, sob o argumento que entendimento contrário violaria a liberdade de filiação prevista nos arts. 5º, XX, e 8º, V, da Constituição Federal.

As mensalidades são contribuições devidas apenas pelos empregados sindicalizados, recolhidas dentro de um lapso temporal, cuja disciplina e valores estão previstos no estatuto social da entidade. Fazem parte do patrimônio do sindicato, conforme o art. 548, *b*, da CLT.

A contribuição assistencial advém da celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho pela entidade sindical. É prevista em cláusula

coletiva e a justificativa é o financiamento das despesas sindicais durante o processo negocial.

A abrangência da cobrança da contribuição assistencial é tema polêmico no direito do trabalho. O TST admite-a apenas dos trabalhadores sindicalizados, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 17 da SDC e do Precedente Normativo n. 119, com argumento semelhante ao adotado pelo STF no tocante à contribuição confederativa. Cabe destacar que nem sempre foi esse o entendimento do TST. O Precedente Normativo n. 74, cancelado em 1998, previa que “subordina-se o desconto assistencial sindical à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado”.

No âmbito do MPT, a questão não é pacífica. Em maio de 2010, foi aprovada pela Conalis a Orientação n. 3, que admitia a cobrança da contribuição assistencial, desde que garantido o direito de oposição. Contudo, após novos debates realizados pelos membros do MPT, essa orientação foi cancelada em agosto de 2011.

Ricardo José Macedo de Britto Pereira destaca a existência de três posicionamentos entre os membros do MPT: i) consentimento com essa prática independentemente da existência da possibilidade de oposição; ii) admissão da contribuição assistencial apenas dos filiados ao sindicato; iii) cobrança da contribuição assistencial de todos os trabalhadores, desde que assegurado o exercício do direito de oposição de forma razoável (PEREIRA, 2010, p. 475-476).

No tocante ao primeiro posicionamento, compreendemos como abusiva a possibilidade do desconto da contribuição assistencial de todos os trabalhadores sem a previsão de oposição e sem ser definida em assembleia sindical ou em assembleia na qual possam participar apenas os sindicalizados.

Primeiramente, porque não existe base legal que a sustente. Argumenta-se que o art. 513, *e*, da CLT autorizaria o sindicato a criar essa contribuição. O mencionado dispositivo legal prevê que é prerrogativa das entidades sindicais “impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas”. Essa previsão foi criada no contexto em que o sindicato exercia

funções delegadas do poder público e o modelo sindical possuía feições corporativistas. Em um ordenamento jurídico no qual as entidades sindicais são pessoas jurídicas de direito privado e se pretende desvincular as atividades dos sindicatos das do Estado, parece-nos contraditório interpretar o art. 513, *e*, da CLT como mecanismo apto a permitir que os sindicatos criem contribuições que sejam devidas por todos os seus representados.

Em segundo lugar, a cobrança da contribuição assistencial sem que sejam estabelecidos espaços e momentos nos quais todos os trabalhadores relacionados com a situação tenham condições de expressar as suas opiniões a respeito do tema contraria os preceitos democráticos que norteiam o texto constitucional de 1988, assim como viola a liberdade de administração em sua vertente de democracia interna.

Em relação ao segundo posicionamento, os principais argumentos dos que defendem a impossibilidade da cobrança da contribuição assistencial de todos os trabalhadores são os seguintes: i) já existe um mecanismo com objetivo de financiar os sindicatos, que é a contribuição sindical; e ii) a sua admissão, mesmo com a previsão de oposição, violaria a liberdade de filiação.

Inicialmente, cumpre destacar a diferença entre as finalidades da contribuição assistencial e da sindical. A primeira existe para custear as atividades sindicais desempenhadas ao longo das negociações coletivas realizadas com empresas e sindicatos que representam os empregadores. A segunda, nos termos do art. 592, II, da CLT, tem por objetivo financiar: i) assistência jurídica, médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; ii) assistência à maternidade; iii) agências de colocação; iv) cooperativas; v) bibliotecas; vi) creches; vii) congressos e conferências; viii) auxílio-funeral; ix) colônias de férias; x) prevenção de acidentes de trabalho; xi) finalidades desportivas e sociais; xii) educação e formação profissional; e xiii) bolsas de estudo.

Portanto, verifica-se que o propósito de ambas as contribuições é distinto, de modo que a arguição de que já existe uma contribuição voltada ao financiamento dos sindicatos não se sustenta. Importante destacar, porém, que em nenhuma das previsões do art. 592, II, da CLT há menção ao custeio das atividades negociais dos sindicatos.

No tocante ao fato que a contribuição assistencial devida por todos os trabalhadores violaria a liberdade de filiação, faz-se necessário tecer algumas considerações. Como já mencionado, trata-se de direito que é mitigado no Brasil, tendo em vista que prevalece a unicidade sindical. A opção do trabalhador é entre se filiar ao sindicato constituído ou não. Inexiste a possibilidade de procurarem-se outras entidades com as quais possa existir maior afinidade profissional, política ou ideológica. Sendo assim, cabe pontuar que a própria liberdade de filiação sindical prevista no ordenamento jurídico brasileiro é deficiente.

Além disso, cumpre destacar que os efeitos dos acordos e convenções coletivas de trabalho são *erga omnes*, ou seja, o conteúdo da pactuação celebrada entre sindicatos profissionais e empresas ou sindicatos econômicos se aplicam aos contratos de todos os trabalhadores, independentemente da filiação à entidade sindical. A interpretação do art. 5º, XX, e do art. 8º, V, do texto constitucional deve levar em consideração essa particularidade do nosso sistema sindical.

As tratativas realizadas pelos sindicatos para se alcançar em condições mais benéficas que aderem ao contrato de todos os seus representados implicam despesas, como as realizadas com assessores jurídicos, econômicos e de comunicação, com mobilizações dos trabalhadores, com realização de assembleias para o debate das reivindicações e com movimentos grevistas para pressionar os empregadores.

Tendo em vista que a contribuição sindical não se destina ao custeio da negociação coletiva e que os efeitos dos instrumentos coletivos de trabalho beneficiam todos os representados pelo sindicato, entendemos razoável a cobrança da contribuição assistencial dos trabalhadores, desde que garantido o direito de oposição e que deliberada em assembleia sindical na qual seja facultada a presença de todos os representados.

Desta forma, seria possível que o sindicato contasse com receitas para se estruturar nos processos de negociação coletiva e que o trabalhador avaliasse os termos dos acordos e convenções coletivas de trabalho para manifestar eventual contrariedade em realizar a sua contribuição.

É compreensível a resistência da jurisprudência e de parcela dos membros do MPT em admitir a contribuição assistencial em face de todos os

trabalhadores, mesmo com a garantia do direito de oposição. Existem casos em que se identificaram excessos das entidades sindicais, como na definição do valor a ser cobrado, na forma com que se realizou a assembleia que deliberou pela cobrança da contribuição assistencial e na maneira pela qual se determinaram os parâmetros do exercício da oposição.

Entretanto, cabem algumas ponderações em relação a esse aspecto. Prevalece no direito brasileiro o princípio da presunção da inocência e da boa-fé de terceiros. Pressupor de antemão que todo e qualquer sindicato irá estabelecer a contribuição assistencial de forma abusiva implica equiparar sindicatos representativos, combativos e que buscam continuamente a melhoria das condições de trabalho de seus representados com sindicatos “de carimbo” e que são pouco ou nada representativos. Lidar com a situação dessa forma prejudicaria a parcela do movimento sindical que atua em benefício dos trabalhadores, uma vez que seria retirada fonte de custeio que auxilia as entidades sindicais no processo negocial. Se a fixação de contribuição assistencial abusivamente pelos sindicatos constitui conduta antissindical, pois viola os direitos dos trabalhadores, a retirada do financiamento das entidades que atuam com o objetivo de criar instrumentos coletivos que melhoram as condições de vida de seus representados também pode caracterizar ato antissindical, tendo em vista que cria obstáculos para que os sindicatos exerçam a função negocial.

Além disso, entendemos que, ao se prever de forma adequada o direito de oposição para os trabalhadores, estimula-se o envolvimento dos representados com as atividades sindicais, na medida em que terão o poder de examinar os termos das tratativas conduzidas pelo sindicato e de expressar contrariedade ao pagamento da contribuição assistencial. A necessidade de deliberação dos valores e dos termos da oposição em assembleia sindical também atrai os trabalhadores para as discussões relacionadas ao cotidiano do sindicato.

Portanto, compreendemos que a atuação do MPT em face da contribuição assistencial deve ocorrer no sentido de não permitir abusos por parte dos sindicatos, ou seja, não admitir o estabelecimento dessa forma de financiamento sindical quando o valor não for razoável, quando criado em assembleia sem a participação de todos os representados e quando

fixado sem a possibilidade de oposição, ou o exercício desse direito for muito restritivo. Nas situações em que a criação da contribuição assistencial respeitar as premissas acima pontuadas, não se vislumbram razões para que o MPT atue para impedir a sua existência.

5 • Conclusão

A atuação do Ministério Público do Trabalho em questões sindicais foi modificada de forma substancial com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Primeiramente, porque o Ministério Público passou a desempenhar um novo papel no ordenamento jurídico brasileiro como órgão extrapoderes, tornando-se defensor do interesse público primário. Ademais, as alterações promovidas em relação ao sistema sindical brasileiro exigiram uma nova postura da instituição ministerial no tocante a essa matéria.

O texto constitucional, apesar de consagrar a liberdade sindical, manteve a unicidade sindical. A incompatibilidade na conciliação desses princípios acaba por fazer com que o MPT atue na promoção de apenas um deles. A concepção da liberdade sindical como integrante do rol dos direitos humanos, fato que é previsto em diversos instrumentos internacionais, indica que a instituição ministerial deve atuar para garantir esse direito. Portanto, o Ministério Público do Trabalho, de instituição que atuava contrariamente à liberdade sindical no contexto existente antes de 1988, passa a ser órgão promotor desse direito.

A análise da atuação do MPT na matéria sindical deve observar os limites existentes no ordenamento jurídico, de forma que as ações promovidas pela instituição ministerial tenham o condão de garantir o exercício de direitos sindicais e não se configurem como atos de interferência e de intervenção nas entidades sindicais.

As possibilidades de atuação do MPT nesse âmbito são diversas. Foram selecionadas três situações nas quais a ação ministerial é dotada de relevância: tensões entre liberdade e unicidade sindical, greves e cobrança da contribuição assistencial.

Em relação às tensões entre liberdade e unicidade sindical, entendemos que o MPT tem condições de desempenhar importante função ao defender teses e adotar medidas que favoreçam a interpretação de dispositivos vigentes no ordenamento jurídico de forma a privilegiar visões consentâneas com um modelo de liberdade sindical.

No tocante às greves, compreendemos que a atuação do MPT deve ocorrer de maneira a buscar o mínimo de intervenção no conflito existente, afastando o parâmetro de ação com o objetivo de cessar o movimento grevista. Ainda, cumpre destacar a importância de o MPT adotar condutas com o intento de efetivar o direito de greve.

Quanto à contribuição assistencial, vislumbramos que a atuação ministerial deve combater abusos na fixação desta, em especial quando o valor estabelecido não observa o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, não se realizam assembleias para criar essa contribuição ou é facultada a participação apenas aos filiados ao sindicato e não é previsto o exercício da oposição, ou esse direito é admitido de forma restrita.

As possibilidades de atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria sindical são diversas. A realização de estudos com o objetivo de identificar as situações em que a instituição ministerial promove e garante a liberdade sindical é relevante na medida em que são estabelecidos parâmetros de ação para que o MPT contribua na efetivação desse importante direito humano.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. Condutas anti-sindicais. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Ulisses Dias de. Ministério Público e a liberdade sindical. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 75, p. 240-254, 2013.

CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios versus liberdade sindical – uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 12, p. 1415-1431, dez. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *364th Report of the committee on freedom of association*. 315th Session of Governing Body, Geneva, June 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition. Geneva: ILO, 2006.

KALIL, Renan Bernardi. Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, n. 3, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

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

MARCONDES, Roberto Rangel. *A importância da participação popular na definição do interesse público tutelado pelo Ministério Público do Trabalho*. 2010. Tese de doutorado. USP. São Paulo, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Um pouco da história do Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 17, p. 23-52, 1997.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. O direito de greve e a atuação do Ministério Público do Trabalho. In: *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 437-451.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. A atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria sindical e de relações coletivas de trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 39, ano 20, p. 466-480, mar. 2010.

_____. Novas perspectivas do direito coletivo do trabalho no Brasil. *Estudos aprofundados*: Ministério Público do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 421-436.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Interditos proibitórios e direito fundamental de greve. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 543-553, maio 2011.

_____. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano 16, n. 31, mar. 2006.

URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra os atos anti-sindicais*. São Paulo: LTr, 1989.

A doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes e a atuação do Ministério Público do Trabalho

Sofia Vilela de Moraes e Silva

Procuradora do Trabalho. Doutora em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL.

Sumário: 1 Introdução. 2 Proteção jurídica das crianças e dos adolescentes. 2.1 A criança e o adolescente ao longo da história. 2.2 Documentos internacionais de proteção. 2.3 Proteção nacional. 2.3.1 Doutrina da invisibilidade da criança. 2.3.2 Doutrina do Direito Penal do menor. 2.3.3 Doutrina da situação irregular. 2.3.4 Doutrina da proteção integral. 3 O Ministério Público do Trabalho e a proteção da infância e da adolescência. 4 Considerações finais.

1 • Introdução

Atualmente, quando se pensa juridicamente sobre criança e adolescente, remete-se à consagrada doutrina da proteção integral, a fim de alertar aos ainda desavisados que as pessoas menores de 18 anos, seja por uma proteção internacional, seja por uma garantia constitucional, são sujeitos de direitos com prioridade absoluta. Portanto, não devem ser mais vistas como objetos, coisas, as quais podem ser usadas, abusadas e descartadas, sem haver qualquer contestação.

Embora as mais diversas formas de violência contra crianças e adolescentes sejam repudiadas pela sociedade, na seara trabalhista observa-se ainda uma resistência social no cumprimento das regras de proibição de trabalho infantil e regularização do trabalho do adolescente, solicitando-se, assim, uma atuação articulada do Ministério Público do Trabalho para enfrentar eficazmente esse problema social e fazer valer a doutrina da proteção integral.

Dessa forma, o presente estudo busca analisar a evolução da proteção de crianças e adolescentes em uma perspectiva história e legislativa, per-

passando pelos principais documentos internacionais e nacionais que deram origem à doutrina da proteção integral, bem como objetiva explicar sobre a atuação do Ministério Público do Trabalho, principalmente por meio da sua Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes, em busca da promoção dos direitos fundamentais infanto-juvenis.

Cabe esclarecer, por fim, que, embora a Convenção sobre os Direitos da Criança considere criança todo ser humano com idade inferior a 18 anos, a lei brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), delimita que criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Desse modo, no presente trabalho, será utilizada a denominação do ECA, por compreendê-la mais adequada à compreensão da atuação ministerial.

2 • Proteção jurídica das crianças e dos adolescentes

Antes de adentrar propriamente na questão da atuação do Ministério Público do Trabalho, é necessário apresentar o histórico de proteção – ou mesmo a ausência dela – e o arcabouço jurídico internacional e nacional de proteção às crianças e aos adolescentes.

2.1 • A criança e o adolescente ao longo da história

A pesquisa etimológica da palavra em latim *infant* demonstra que o prefixo *in* significa “não” e *fant*, derivado do verbo *fari*, significa “falar” (HARPER, 2001). Desse modo, a palavra infância representa, em sua origem, o período da vida em que “não se sabe falar”. Essa terminologia, mais do que expressar a ausência de comunicação da criança, representa o momento em que a pessoa não tem voz na comunidade, não se inseriu como cidadão ativo, não é considerada capaz de decidir e de opinar.

A palavra criança, por sua vez, advinda do latim *creantia*, remete à criação, ou seja, pessoa em criação, em processo de desenvolvimento. Do mesmo modo a palavra adolescente, em sua base etimológica latina,

subdivide-se em *ad* – para – e *alescere* – crescer (HARPER, 2001). Assim, adolescente associa-se à noção de “crescer para”¹.

Portanto, essa ideia da incapacidade, da dependência, da inferioridade da criança, inerente à origem das palavras, é acentuadamente visualizada na historiografia internacional infanto-juvenil. Ao se considerar a criança ou mesmo o adolescente uma pessoa incompleta, um “vir a ser”, nega-se sua existência plena, não garantindo vez e voz nas esferas das relações sociais.

Excluindo a época pré-histórica, quando não havia uma divisão de classes, mas sim divisões de tarefas para fins de subsistência do grupo, nos demais períodos históricos, para se entender a origem, o desenvolvimento e a permanência das diversas formas de violência contra a criança e o adolescente, tem-se, primeiramente, que compreender que há, ao menos, dois tipos de infância: a dos filhos das famílias reais, dos nobres e da alta burguesia e a dos filhos dos escravos, dos camponeses e dos pequenos comerciantes.

Ao longo do desenvolvimento das sociedades, a realidade da agressão aos direitos fundamentais dos pequenos foi vivenciada com mais afinco pelas crianças oriundas da classe excluída das decisões políticas, da distribuição de renda, das manifestações culturais, enfim, da condição de cidadã.

Na Antiguidade, os filhos eram sinônimos de propriedade, isto é, um objeto precioso a serviço da autoridade paterna ou do próprio Estado.

Na Grécia antiga, especificamente em Esparta, a criança era objeto do Estado, o qual era responsável por sua criação. Após os nascimentos, havia uma seleção, e aqueles que possuíam algum defeito físico eram jogados nos penhascos, pois não seriam úteis para os fins estatais. A educação era totalmente voltada para a formação de guerreiros e, a partir dos 7 anos de idade, já recebiam instrução física para serem aproveitados como futuros soldados (AZAMBUJA, 2004, p. 23). Não havia uma vida privada, espaço para desenvolvimento de laços afetuosos entre os familiares.

1 A palavra adulto, do latim *adult*, significa crescido.

No Império Romano², quando prevaleciam as famílias patriarcais, o homem mais velho mantinha poder absoluto, de vida e morte, sobre a mulher, os filhos e os escravos. Esse modelo de família, baseado na hierarquia, no matrimônio, na legitimidade dos filhos e na submissão, vislumbrava a procriação como essencial aos fins sucessórios do patriarca (LÔBO, 2008, p. 8).

Após o nascimento, as crianças eram entregues a uma nutriz, a qual, além de amamentar, era responsável pela educação das crianças (VEYNE, 2009, p. 185).

Portanto, não havia uma preocupação afetiva ou mesmo uma visualização diferenciada do papel da criança na antiguidade: ou era preparada para casar e procriar, no caso das meninas, ou para lutar e/ou herdar bens, quando meninos.

Com a ascensão do cristianismo e o advento da Idade Média, buscou-se humanizar o trato com os menores de 18 anos. Ressalte-se, outrossim, que a moralidade da época protegia apenas as crianças oriundas do “sagrado matrimônio”, excluindo de proteção os filhos espúrios ou adúlteros (AMIN, 2008, p. 4).

Como acontecia na Antiguidade, também na Idade Média as crianças eram entregues às amas de leite, o que demonstra a ausência de uma relação de afeto entre os pais e os seus filhos (RONCIÈRE, 2009, p. 227).

Destarte, infere-se que a noção de criança e de adolescente como sujeito de proteção não é contemplada na Antiguidade, na Idade Média e nem mesmo na Idade Moderna – mesmo nesse último período não havia a plena consciência da peculiaridade infantil. Tampouco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, inovou a trazer dispositivo específico sobre a criança, embora tenha proclamado a igualdade.

2 Conforme Paul Veyne, em Roma era natural a pederastia, isto é, o relacionamento erótico entre um homem adulto e um adolescente. Para ele, “a pederastia, sabemos, constituía um pecado menor, desde que fosse a relação ativa de um homem livre com um escravo ou um homem de baixa condição [...]. Os meninos proporcionavam um prazer tranquilo que não agita a alma, enquanto a paixão por uma mulher mergulha o homem livre em dolorosa escravidão” (VEYNE, 2009, p. 185).

Vislumbra-se, historicamente, que, com o advento da Revolução Industrial, quando crianças e adolescentes foram incessantemente explorados aos olhos cegos do mundo, iniciou-se um processo de indignação e, conseqüentemente, proteção.

A exploração dos grandes industriais aos pequenos obreiros não tinha limites, porque não havia violação à norma jurídica, ou mesmo, a preceito moral. Na época, vigorava a corrente política do liberalismo clássico, a qual combatia a intervenção estatal.

Sendo assim, o abuso dos patrões era justificado pelos próprios ditames axiológicos enraizados na sociedade europeia. A falta de regulamentação, unida à busca enlouquecida pelo lucro, ocasionou uma degradação física e mental daquelas crianças³.

Em meio a esse quadro de decomposição da vida dos menores e, ao mesmo tempo, pressão social, os Estados e a comunidade não mais puderam abster-se de interferir na proteção das crianças, dando início à regulamentação jurídica.

2.2 • Documentos internacionais de proteção

Até o século XX, a criança e o adolescente mantiveram-se desprotegidos pela ordem jurídica. No ano de 1874, em Nova York, narra-se a história da pequena Mary Ellen Wilson, que, mesmo sofrendo severos maus-tratos por parte de seus pais, não podia ser protegida, haja vista não existir lei, à época, que coibisse abusos contra crianças ou mesmo limitasse o poder familiar. Os defensores da garota apenas conseguiram reverter o caso no tribunal americano, quando basearam seus argumentos na lei de proteção aos animais, reino esse, diziam eles, ao qual todos os seres humanos pertenciam, inclusive Mary Ellen (VAN BUEREN apud DOLINGER, 2003, p. 81).

3 Além do prejuízo físico, as crianças e adolescentes sofreram um enorme prejuízo intelectual, uma vez que, por passarem boa parte do dia nas fábricas, chegando a jornadas de 14 horas diárias, não lhes eram oportunizada a educação escolar. Em 1844, uma pesquisa em 412 fábricas de Lancashire, distrito da Inglaterra, constatou que 52% dos trabalhadores eram mulheres e crianças (NASCIMENTO, 2003, p. 26).

Esse vazio jurídico, pouco a pouco, foi sendo preenchido no século XX.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴ promoveu as primeiras discussões em torno da temática da infância e da adolescência, elaborando, desde 1919, ano de sua criação, diversas convenções que buscam coibir o trabalho infantil.

Destacam-se a Convenção n. 138, de 1973, que estabelece a idade mínima para o trabalho, e a Convenção n. 182, de 1999⁵, que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil, incluindo nesse rol a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas.

Desse modo, a OIT reconheceu a existência, no mundo, da exploração sexual de crianças e adolescentes, uma das modalidades de violência sexual, como se verá, e preparou uma convenção que, por ser instrumento de cumprimento obrigatório pelos países que assumem o compromisso de fazer valer suas determinações, alertou a vigilância global sobre esse problema social.

Contudo, o título de primeiro instrumento jurídico internacional de proteção às pessoas menores de 18 anos foi dado à Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia da Liga das Nações, em 1924, também conhecida como *Carta da Liga sobre as Crianças*. Sugerida pela organização não governamental União Internacional Salve as Crianças para atender os pequenos após a I Guerra Mundial, a declaração, composta por apenas cinco artigos, ressalta, de forma genérica, que “a Humanidade deve à criança o melhor que tem a dar” (DOLINGER, 2003, p. 82).

Todavia, por não possuir força vinculativa sobre os Estados e por estes não possuírem uma consciência protetora quanto ao tratamento às

4 A OIT, desde 1946, é uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU), com sede em Genebra, tendo uma rede de escritórios em todos os continentes. O seu objetivo geral é reivindicar melhorias nas condições de trabalho no mundo, visando à proteção dos trabalhadores.

5 Ambas foram promulgadas, no Brasil, respectivamente, pelo Decreto n. 4.134, de 28 de junho de 2002, e pelo Decreto n. 3.597, de 15 de fevereiro de 2000.

crianças e aos adolescentes, não conseguiu lograr amplo reconhecimento pelos países (SOUZA, 2001, p. 58).

Apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris aos 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, verifica-se evoluir a percepção sobre a proteção à criança.

Visando a evitar outro combate nas proporções da II Guerra Mundial, e tomando como alicerce os ideais da Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu preâmbulo, parte da premissa de que somente com o reconhecimento da dignidade de todas as pessoas, alcançar-se-á a liberdade, a justiça e a paz no mundo.

Na verdade, aproveitaram-se os laços formados após o fim da II Guerra para declarar e constituir um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem, mediante a criação de um aparato internacional de proteção desses direitos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem inova, segundo Flávia Piovesan (2006, p. 52), ao introduzir uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade – a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos – e indivisibilidade – a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Vieira Andrade afirma que a declaração embutiu manifestações fundamentais de princípios inscritos na “consciência jurídica universal”, que, atualmente, seria comum a todos os povos. É como se os direitos fundamentais formassem um “patrimônio espiritual comum da humanidade”, sem os quais os indivíduos perderiam sua qualidade de homens. Sendo assim, não se acolhem mais pretextos econômicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial (ANDRADE, 2004, p. 36-37).

O art. 25, inciso II, da declaração estabelece que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. Portanto, determina, universalmente, que as crianças devem ter amparo e cuidados especiais, em face das peculiaridades físicas e psicológicas em que vivem.

O arcabouço valorativo construído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de fundamento para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual, aprovada por unanimidade em 20 de novembro de 1959, deu o passo inicial para a fixação da doutrina da proteção integral da criança.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança traz uma nova visão sobre a temática, conferindo aos pequenos direitos próprios, os quais, inclusive, devem ser respeitados pelos pais. Em seu texto, a declaração elenca dez princípios norteadores da infância, quais sejam: direito à igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade; direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; direito a um nome e a uma nacionalidade; direito à alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe; direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade; direito à educação gratuita e ao lazer infantil; direito a ser socorrida em primeiro lugar, em caso de catástrofes; direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho; e direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

Portanto, a criança não mais é vista como extensão do núcleo familiar, mas sim como sujeito de direitos, merecendo, pois, proteção especial, consoante determina o segundo princípio da declaração, *in verbis*:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo, levar-se-ão em conta sobretudo os melhores interesses da criança.

Sendo assim, a teoria da proteção integral da criança afirma que as crianças e adolescentes possuem os mesmos direitos dos adultos; contudo, devido à sua condição de hipossuficiência e vulnerabilidade, fazem jus a uma proteção especial e prioritária. Segundo Sérgio de Souza (2001, p. 75-76):

Percebe-se, pois, que proteger de forma integral é dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiando a criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, seguindo a nova tendência internacional de proteção à criança e ao adolescente, dispôs que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Destarte, também reconhece a peculiaridade inerente aos menores de 18 anos, convocando família, sociedade e Estado a velarem por esses indivíduos.

Em comemoração aos vinte anos da Declaração dos Direitos da Criança, a Assembleia Geral da ONU estipulou o ano de 1979 como o ano da criança. Nas reuniões que aconteceram, a Polônia propôs a elaboração de uma convenção internacional específica dos direitos da criança, a qual fosse capaz de delimitar o contexto de proteção e vincular mais eficazmente os Estados. Após dez anos de trabalho, em 20 de novembro de 1989, foi aprovada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (MÔNACO, 2004, p. 106).

Considerada o instrumento normativo internacional de direitos humanos mais aceito na história da humanidade, em seu artigo 3º, a convenção determina que todas as ações relativas às crianças⁷ devem levar em conta, primordialmente, seu melhor interesse.

Dessa maneira, e estabelecendo princípios de amparo à infância, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança abarcou a doutrina da proteção integral, emergindo como base internacional e filosófica para elaboração das normas jurídicas no âmbito interno.

6 O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em 1992, por meio do Decreto n. 678.

7 “Art.1 Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança diferencia-se dos instrumentos anteriores por compilar, em seus 54 artigos, os mais diversos assuntos ligados à infância e juventude.

Complementando a convenção e priorizando matérias consideradas relevantes internacionalmente, em 25 de maio de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois protocolos facultativos para a Convenção de 1989. O primeiro trata de crianças em conflitos armados, e o segundo sobre venda de crianças, prostituição e pornografia infantil⁸.

A aceitação das declarações de direito, das convenções, dos protocolos e demais tratados tornam os Estados vigilantes uns dos outros; o atentado a direitos fundamentais na seara interna atinge toda uma ordem internacional que declarou abomináveis certas situações. É como se o sujeito passivo da violação de direitos fosse, além da vítima direta, toda a comunidade supraestatal.

Nesse contexto, após séculos de esquecimento e desamparo com os menores, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças e a Convenção sobre os Direitos da Criança reconheceram os direitos capazes de assegurar vida digna e pleno desenvolvimento às crianças, tornando-as verdadeiros sujeitos, que requerem um tratamento diferenciado.

2.3 • Proteção nacional

A análise do papel da criança e do adolescente na história mundial foi indispensável para se compreender a evolução jurídica e social por que passaram as sociedades: da negação total de direitos à proteção absoluta e prioritária.

Como alude Mary Del Priore, apesar de a historiografia internacional servir de inspiração, não serve como única bússola, haja vista que, na delimitação da história da infância e juventude no Brasil, devem ser respeitadas as peculiaridades inerentes à formação do próprio Estado

⁸ Esses protocolos foram promulgados, no Brasil, pelos Decretos n. 5.006 e n. 5.007, ambos de 8 de março de 2004.

brasileiro, como, por exemplo, a evolução da intimidade, assunto relevante para a compreensão do abuso sexual de crianças e adolescentes. Sobre essa privacidade, afirma a mencionada historiadora:

Os lares monoparentais, a mestiçagem, a pobreza material e arquitetônica – exemplificada nos espaços onde se misturavam indistintamente crianças e adultos de todas as condições –, a presença de escravos, a forte migração interna, capaz de alterar os equilíbrios familiares, a proliferação de cortiços no século XIX e de favelas no século XX, são fatores que alteravam a noção do que se pudesse ter no Brasil, até então recentemente, de privacidade tal como ela foi concedida pela Europa urbana, burguesa e iluminista. (DEL PRIORE, 2004, p. 11).

De modo geral, no Brasil, a valorização da criança e do adolescente está intimamente relacionada à classe social que ocupa. Dessa forma, a origem da proteção infanto-juvenil em solo brasileiro estabelece-se alicerçada em um pensamento de segregação, o qual, ao longo do tempo, vai se atenuando, conforme o momento político e social vivenciado.

Doutrinariamente⁹, três momentos são invocados, a partir do Império, para explicar as fases de proteção, sendo mais bem visualizados e contextualizados quando acompanhados com a evolução legislativa sobre o tema.

Frise-se que, a fim de preencher a lacuna dos escritos sobre o tratamento às crianças e aos adolescentes no Brasil Colônia, ousou-se acrescentar mais um “tópico” para aclarar esse período histórico, o qual, por ora, denominar-se-á “doutrina da invisibilidade da criança”.

2.3.1 Doutrina da invisibilidade da criança

No Brasil Colônia, período que se estende de 1500 a 1822, havia um total descaso em relação à criança e ao adolescente. De modo que se pode considerar que não existia uma consciência da peculiaridade do ser criança.

Atitudes de maus-tratos são identificadas pelos historiadores desde o início das povoações a terras brasileiras. A violência se iniciava nas embarcações quinhentistas. Relata Fábio Pestana Ramos (2004, p. 20) que

9 Essa divisão pode ser encontrada na obra *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, de Tânia da Silva Pereira (2008).

as pessoas menores de 18 anos, à época, viajavam ou como grumetes e pajens ou como órfãos enviados do rei para casar ou como passageiros acompanhados dos pais. Com exceção das órfãs virgens, que eram rigorosamente vigiadas, as demais crianças sofriam abusos sexuais durante o trajeto pelos próprios tripulantes. Quando as embarcações eram atacadas por piratas, as crianças eram escravizadas e impostas à prostituição. Conclui o autor que, pela exploração excessiva das crianças e adolescentes naquele período, os miúdos eram considerados um pouco mais que animais, os quais deveriam ser aproveitados ao máximo enquanto durasse sua breve vida.

Em terra, os padres jesuítas impuseram a educação católica, transformando por completo a vida das crianças indígenas, as quais eram vistas como meio de imposição dos costumes portugueses. Os castigos físicos eram aceitos e estimulados na época.

Esclarece Mary Del Priore (2004, p. 84) que, no Brasil Colônia, a infância era vista como um momento sem personalidade, uma etapa de transição, e as crianças eram denominadas em geral por “meúdos”, “ingênuos” e “infantes”.

No sistema escravista, a preocupação com a criação dos filhos era repassada às amas de leite, mucamas que substituíam as próprias mães. Até os 7 anos, os filhos de senhores e os filhos de escravas compartilhavam os mesmos espaços privados, a sala e as camarinhas. Depois desse período, os primeiros iam estudar, enquanto os segundos, trabalhar (DEL PRIORE, 2004, p. 101).

Na época colonial, as casas-grandes eram, ao mesmo tempo, um espaço público e privado, onde se morava e se produzia. Assim, como assevera o historiador Ronaldo Vainfas (1997, p. 227), “o território da sexualidade era bem menos privado do que se poderia supor, distanciando-se largamente dos padrões que se supõem vigentes nos dias de hoje”.

Eram normais, desde o primeiro século de colonização, os casamentos entre tio com sobrinha ou de primo com prima, posto que havia o desejo de concentrar o patrimônio em uma única família, bem como conservar a “limpeza” do sangue de origem nobre (FREYRE, 2002, p. 396). O costume impunha à mulher o casamento ainda nos seus primeiros

anos da puberdade. Lembra Gilberto Freyre (2002, p. 400) que “com filha solteira de quinze anos dentro de casa já começavam os pais a se inquietar e a fazer promessa a Santo Antônio ou São João”.

Esse último autor também relata a intensa e aceitável prostituição de meninas nos primeiros séculos do Brasil, em regra, negras de 10 a 12 anos, sendo exploradas pelos brancos (FREYRE, 2002, p. 501).

Os estupros a crianças eram uma constante. A documentação inquisitorial demonstra que tanto meninos quanto meninas de 6, 7 e 8 anos foram violentados por homens maduros sem qualquer drama de consciência. Nesse sentido, afirma Ronaldo Vainfas (1997, p. 271) que “na sociedade colonial, não havia o sentimento de infância, como de resto não o havia sequer no Ocidente, segundo bem demonstrou Ariès”.

Assim, os constantes atos de violência sexual, agregados com os abandonos e os altos índices de mortalidade infantil, contribuíram para o esquecimento e a invisibilidade da criança e do adolescente nesse período.

2.3.2 Doutrina do Direito Penal do menor

A doutrina do Direito Penal do menor estende-se do Brasil Império ao início do Brasil República, preocupando-se essencialmente com a delinquência de crianças e adolescentes e a possibilidade de incidência do Direito Penal, com base no discernimento do autor.

Desse modo, a infância tornou-se visível, porque começou a incomodar as estruturas sociais da época, necessitando ser controlada.

Durante o início da fase imperial, estavam vigentes as Ordenações Filipinas (1603), as quais consideravam inimputáveis os menores de 7 anos e imputáveis os jovens entre 7 e 21 anos, com a exceção de que os indivíduos que se encontravam na faixa etária de 7 a 17 anos não poderiam sofrer a pena de morte (AMIN, 2008, p. 5).

Mudanças ocorreram com o Código Criminal do Império de 1830. Foi estabelecido um tipo de inimputabilidade penal relativa aos jovens entre 7 e 14 anos. Assim, esses somente seriam responsabilizados penalmente se o magistrado concluísse pelo seu discernimento no agir ilícito.

Nesse caso, o infrator era encaminhado a uma casa de correção – não mais para os mesmos presídios dos adultos –, onde poderia permanecer recolhido até os 17 anos.

Com o advento do Decreto n. 1.331-A, de 1854, foi instituído o ensino obrigatório; contudo, em seu art. 69, havia a determinação de que “não serão admitidos, nem poderão frequentar a escola: os meninos que padecerem moléstias contagiosas; os que não tiverem sido vacinados; e os escravos”. Obviamente, essas restrições abarcavam as crianças e adolescentes que não tinham acesso à saúde, oriundas de famílias pobres. Portanto, desde o início, a dificuldade de acessibilidade ao sistema educacional e, conseqüentemente, à qualificação como profissionais contribuíram para obstar a ascensão social das camadas mais baixas.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, primeiro do Período Republicano, dispôs, no seu art. 27, sobre a inimputabilidade dos menores de 9 anos completos e manteve o critério do discernimento a ser avaliado pelo magistrado, no caso de jovens entre 9 e 14 anos. Quando identificado o discernimento, eles eram recolhidos a estabelecimentos industriais disciplinares, pelo período determinado pelo juiz, não podendo ultrapassar os 17 anos. Note-se que, na época, o trabalho era visto como fonte de regeneração, sendo estimulado pela ordem vigente.

Registre-se que, paralelamente à repressão penal, no século XVIII, houve uma preocupação com as crianças abandonadas em portas de conventos, igrejas e residências – filhos ilegítimos, oriundos, muitas vezes, de relações entre escravas e senhores. Dessa forma, foram criadas as Rodas dos Expostos, geridas pelas Santas Casas de Misericórdia.

Nessas casas, havia um cilindro giratório que permitia a entrega de crianças sem identificação dos genitores. Em regra, as crianças eram entregues a amas de leite alugadas ou a famílias pobres que as utilizavam para o trabalho doméstico. O Estado, portanto, mais visava a proteger a honra das famílias do que propriamente cuidar dessas crianças¹⁰.

10 A primeira roda surgiu na Bahia no ano de 1726, e a última só foi extinta por volta de 1950. Aproximadamente 90% das crianças morriam nas Rodas dos Expostos (FALEIROS; FALEIROS, 2007, p. 18).

A promiscuidade, a falta de higiene e a mortalidade infantil nas Casas dos Expostos chamaram a atenção dos higienistas, movimento, em geral, formado por médicos que demonstravam preocupação com a saúde e com a higiene das instituições e das famílias. As denúncias dos higienistas pressionaram o Estado a fecharem as Casas dos Expostos e a cuidarem mais incisivamente das crianças.

2.3.3 Doutrina da situação irregular

Com o fim da escravidão e a forte imigração no Brasil, ao mesmo tempo em que crescia a indústria e o comércio, aumentava a miséria, a exclusão social, a mendicância de muitas crianças e adolescentes e, conseqüentemente, a criminalidade. A desordem, a vadiagem, a embriaguez e os furtos e roubos configuravam-se como os principais “crimes” praticados pelas pessoas menores de 18 anos no início do século XX (SANTOS, 2004, p. 214).

Desse modo, uma nova mentalidade do trato da infância e da juventude começou a surgir: a criminalidade do menor precisaria ser tratada de modo diferenciado dos adultos, e uma política de assistência social deveria ser implantada.

Em 1924, em meio a pressões sociais, bem como devido à necessidade estatal de regulamentar a situação dos menores abandonados, foi criado, por meio do Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, o Juizado de Menores, possuindo como titular o juiz José Cândido Albuquerque Mello Mattos.

Em 1927, com a publicação do Decreto n. 17.943, de 12 de outubro de 1927, foi promulgado o Código de Menores, considerado o primeiro diploma legal de proteção às crianças e aos adolescentes da América Latina.

O Código Mello Matos, como foi popularmente conhecido em homenagem ao primeiro juiz de menores, estabelecia no seu art. 1º que “o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.

Portanto, o Código de 1927, longe de criar um arcabouço de direitos e garantias às crianças e adolescentes de todas as classes sociais, visou a, primordialmente, estabelecer diretrizes à infância e à juventude excluídas, no intuito de afastá-las da delinquência. Firmou-se, destarte, a doutrina da situação irregular.

Na verdade, o objetivo do Estado, numa sociedade pós-escravista, extremamente desigual, era controlar a pobreza, dando à criança e ao adolescente de baixa renda duas opções: o trabalho precoce, como forma de prevenir uma espécie de potencial delinquência, ou a assistência estatal, como maneira regenerativa dessa inevitável perdição.

Os juízes de menores, à época, receberam poderes legais para adotar ações civis, trabalhistas, penais, tutelares e assistenciais nas causas que envolviam crianças e adolescentes em situação de delinquência e/ou carência. Na verdade, segundo Andréa Amin (2008, p. 13), havia uma centralização das funções jurisdicional e administrativa do juiz dos menores “[...] muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairavam indefinições sobre os limites da atuação do Juiz”.

A intervenção do Poder Executivo somente veio a ocorrer em 1938, quando foram criadas diversas entidades federais que tinham o objetivo de realizar ações na seara da infância e juventude, buscando a ordem social pregada pelo então Estado Novo. Dentre elas, destaca-se o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), criado pelo Decreto-Lei n. 3.799/1941 e que, ligado ao Ministério da Justiça, possuía as finalidades de sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores, ressocializar os jovens infratores, realizar pesquisas na área da infância e juventude, entre outras¹¹. Entretanto, o SAM logo ficou conhecido pelas atrocidades cometidas contra os jovens, por meio de ações correccionais e repressivas que esbanjavam maus-tratos.

Na década de 1960, o SAM foi banido para dar lugar à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem). Instaurada pelo governo militar, nos termos da Lei n. 4.513/1964, a Funabem ficou com a função

11 Cf. art. 2º do Decreto-Lei n. 3.799/1941.

de definir e implementar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Em nível estadual, e totalmente dependentes da seara federal, foram criadas as Fundações Estaduais de Bem-Estar dos Menores (Febems). Essa política, que buscava assegurar programas de integração ao menor carente, por meio de assistência à família, caracterizou-se pela sua centralização decisória, verticalização hierárquica e privilégio do conhecimento altamente especializado, excluindo a participação dos estados, dos municípios e da sociedade civil.

A Funabem foi extinta com a entrada em vigor da Lei n. 8.036/1990, sendo criada a Fundação Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (FCBIA), totalmente baseada nos novos ditames estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em 1995, a FCBIA foi abolida pela Medida Provisória n. 886/1995, assumindo suas atividades o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) (PEREIRA, 2008, p. 12).

Retrocedendo a análise, nos anos 1970, considerando o aumento das desigualdades sociais, foi verificado um índice altíssimo de crianças e adolescentes nas ruas, levando, no ano de 1976, à instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito do Menor na Câmara dos Deputados. Após o diagnóstico deplorável da situação dos jovens no País, e em meio às pressões da sociedade civil, foi publicado o Código de Menores de 1979. Esse, devido a questões internas – ditadura militar e política nacional do bem-estar dos menores ineficaz – e externas – internacionalmente difundia-se a doutrina da proteção integral da criança –, já surgiu defasado, tendo em vista que insistiu na doutrina da situação irregular, advinda do Código de 1927.

Desse modo, o Código de Menores de 1979 consolidou a repressão, em oposição à prevenção. As medidas penais e tutelares eram tomadas sem parâmetro de proteção, prevalecendo a discriminação, a desinformação e a manutenção da exclusão social.

Observe-se que a doutrina da situação irregular colocava a criança e o adolescente numa situação de receptores de assistência, vigilância e repressão em nome da boa ordem social. Protegia-se a sociedade contra

a infância e a juventude pobres, as quais o próprio sistema econômico e social insistia em excluir.

2.3.4 Doutrina da proteção integral

A reviravolta no trato da matéria ocorreu nos anos 1980. O contexto político da época, com a luta pela redemocratização do País e o fortalecimento da sociedade civil, não mais poderia suportar a política social do Estado Militar.

O processo de redemocratização, iniciado em 1985, possibilitou a reinserção do Brasil na seara internacional de amparo aos direitos humanos. Percebe-se que esse processo, ao mesmo tempo em que permitiu a ratificação de relevantes tratados internacionais de direitos humanos, permitiu também o fortalecimento do próprio processo democrático, pelo acréscimo e o reforço dos direitos fundamentais afirmados (PIOVESAN, 2003, p. 66).

A partir dos anos 1980, ocorreram mudanças históricas após a crise do Estado de Bem-Estar pós-bélico, tendo em vista a incompatibilidade da estrutura do Estado com a ordem socioeconômica emergente – o neoliberalismo.

Passou-se a exigir do Estado menos ingerência, transferindo, pois, à sociedade responsabilidades antes pertencentes ao Poder Público. Surge, assim, o conceito de sociedade providência ou de bem-estar (em oposição ao conceito de Estado Providência, Estado Social ou de Bem-Estar) pelos teóricos do pluralismo de bem-estar. Para esses, as providências sociais devem ser realizadas de forma combinada entre fontes básicas: o Estado, o mercado e a sociedade. Assim, a sociedade também passou a ser responsabilizada pelo destino da comunidade, cabendo-lhe também realizar serviços, os quais antes eram somente dever do Estado (PEREIRA, 2006, p. 34).

No Brasil, a articulação da sociedade em torno do tema da infância e juventude deu origem a diversos movimentos sociais reivindicatórios de melhorias nessa seara. Destacam-se o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), constituído em 1984, a Frente Nacional de

Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, a Pastoral do Menor, da CNBB, a Comissão Nacional Criança e Constituinte e, finalmente, o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – Fórum DCA.

Esse movimento pré-constituente, após amplos debates, formulou as emendas “Criança e Constituinte” e “Criança-Prioridade Nacional”, que foram encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte, acompanhadas das assinaturas de 200.000 adultos e mais de 1.400.000 crianças e adolescentes (GARCIA, 1999, p. 2).

A mobilização social não foi em vão. Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal do Brasil, que abarcou as tendências internacionais e as reivindicações nacionais, instituindo em seu corpo o art. 227¹², dispondo em seu *caput* que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Infere-se, pois, que a Carta Maior aclara os princípios protetores das crianças e adolescentes, construindo os seus direitos fundamentais, bem como reconhecendo, definitivamente, o direito à preservação da dignidade humana e a posição especial em que eles se encontram no processo de desenvolvimento humano.

Portanto, somente com a Constituição Federal de 1988¹³, construída por meio de um processo de mobilização social e restabelecimento da

12 Com a Emenda Constitucional n. 65, de 2010, o *caput* do referido dispositivo foi alterado para incluir também “o jovem” como alvo da proteção integral.

13 Mônica Alencar (2006, p. 66) aduz que “na década de 1980, enquanto países centrais assistiam ao avanço da hegemonia neoliberal, o Brasil experimentava um pacto social democrático que se explicitou na Constituição de 1988; esta nasceu sob o signo de uma forte contradição”.

democracia, afasta-se a doutrina da situação irregular e adota-se a doutrina internacional de proteção integral às crianças e aos adolescentes. Com fundamento nesta, deixou-se de lado o caráter assistencialista anteriormente seguido e se buscou, na elaboração da Constituição Federal de 1988, reconhecer a criança e o adolescente como cidadãos, ou seja, titulares de direitos fundamentais, rompendo-se, efetivamente, com a visão minimalista do menor como objeto.

O reconhecimento efetivo desses direitos é corroborado com o surgimento da Lei n. 8.069/1990, o famoso Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual nasce em um contexto histórico em que o Brasil, internacionalmente, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁴ e, nacionalmente, promulgou a Constituição Democrática de 1988. Portanto, revogaram-se o Código de Menores e a Política Nacional de Bem-Estar do Menor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece como base doutrinária, em seu art. 1º, a proteção integral à criança e ao adolescente, bem como estabelece os instrumentos adequados à concretização desses direitos dentro da realidade brasileira (SOUZA, 2001, p. 130).

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Ressalta-se que o Estatuto buscou eliminar a palavra “menor”, a qual, utilizada pelo antigo Código de Menores, representava crianças e adolescentes oriundos da camada mais excluída da sociedade. Assim, a substituição semântica é uma atitude política de não discriminação e transformação.

Dessa forma, o Estado brasileiro não pode se eximir, seja por uma legislação internacional acolhida internamente, seja pelos próprios ditames constitucionais, de assistir esses sujeitos de direitos que se encontram em situação de desproteção.

14 A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi promulgada em 21 de novembro de 1990, por meio do Decreto n. 99.710.

3 • O Ministério Público do Trabalho e a proteção da infância e da adolescência

O Ministério Público é uma instituição permanente, desvinculada dos poderes do Estado, essencial à função jurisdicional do Estado, que, além de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, protege os interesses coletivos e difusos (art. 129, III, CF/1988).

Da mesma forma que as crianças e adolescentes tiveram um novo tratamento pela Constituição Federal de 1988, o Ministério Público teve sua esfera de atuação ampliada, com uma roupagem voltada à resolução de grandes problemas sociais.

Especialmente em relação às crianças e aos adolescentes, ao *Parquet*, na esfera estadual e federal, coube a função primordial de protegê-los e fazer valer o princípio da proteção integral.

A Carta Magna aduz que uma das funções institucionais do Ministério Público é promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/1988).

A Lei Complementar n. 75/1993, art. 5º, III, *e*, assevera expressamente que são funções institucionais do Ministério Público da União (MPU) a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente, da criança e do adolescente. E acrescenta, em seu art. 6º, VII, que compete ao MPU promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos à criança e ao adolescente.

Ademais, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de diversas outras atribuições, ao Ministério Público cabe “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (art. 201, VIII, ECA).

Portanto, há um vasto arcabouço legislativo para a atuação do Ministério Público em defesa das crianças e dos adolescentes.

O Ministério Público do Trabalho, não fugindo às suas atribuições nessa seara, em novembro de 2000, criou a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância), por meio da Portaria n. 299, de 10 de novembro daquele ano. O objetivo primordial é garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, afastando a exploração do trabalho infantil e regularizando o trabalho do adolescente.

Segundo Rafael Dias Marques (2012, p. 118), as principais discussões jurídicas travadas nas reuniões e enfrentadas nos tribunais pela coordenadoria estão associadas à promoção de políticas públicas para a prevenção e erradicação do trabalho infantil informal, à questão da efetivação da aprendizagem, trabalho de atletas, trabalho de crianças e adolescentes em ambientes insalubres e perigosos, atividades ilícitas, acidentes de trabalho, exploração sexual comercial, tráfico de drogas, autorizações judiciais para o trabalho de adolescentes de até 16 anos, à questão do estágio, trabalho artístico, trabalho na catação do lixo, trabalho infantil doméstico, trabalho nas ruas e trabalho rural, entre outros.

Três projetos nacionais complementam a atuação do *Parquet* trabalhista: *Programa MPT na Escola*, voltado para a promoção de debates nas escolas de ensino fundamental, com temas afetos aos direitos das crianças e dos adolescentes, primordialmente à erradicação do trabalho infantil e à proteção do trabalho do adolescente; *Aprendizagem Profissional*, o qual visa à efetivação das Leis n. 10.097/2000 e n. 11.180/2005, buscando a contratação de adolescentes e jovens aprendizes, no intuito de fazer valer o direito à profissionalização juvenil; e *Orçamento Público e Políticas Públicas de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador*, que constitui uma atuação nos poderes públicos para promoção dos deveres constitucionais que lhes são atribuídos na área da infância e da adolescência.

Conforme o *Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*, produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ao Ministério Público do Trabalho, surgem

as seguintes possibilidades de iniciativa em caso de ocorrência de trabalho infantil:

- Instaurar procedimento de investigação, com vistas a apurar a situação de trabalho infantil anunciada, objetivando definir as medidas adequadas para o caso concreto, em especial o imediato afastamento da criança e do adolescente do trabalho, principalmente quando realizado em condição de risco e prejuízo, e em benefício direto ou indireto de terceiro, configurando relação de trabalho; instaurar procedimento de investigação para apurar o cumprimento da cota obrigatória de aprendizes das empresas, na forma do art. 428 e seguintes da CLT, firmando Termos de Compromisso de Conduta ou ajuizando as devidas ações, para imputação de tal responsabilidade.
- Ingressar com ação, como substituto processual, em favor da criança e do adolescente retirados do trabalho, nas situações em que haja prestação de serviço em benefício de terceiro, pleiteando todos os direitos, sejam empregatícios ou não, sejam contratuais ou rescisórios e, ainda, previdenciários, além de indenização por danos materiais e/ou morais, em face do tomador, beneficiário e/ou intermediário, de forma solidária.
- Ingressar com ação civil pública, nas situações em que se configure ofensa a direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, com objetivo de fazer cessar a situação de trabalho infantil; adotar providências necessárias para a sua não reincidência; e obter-se a condenação dos responsáveis em indenização por dano moral coletivo.
- Ingressar com ação civil pública em face do Poder Público, para a implementação, correção ou ampliação de política pública voltada para a proteção de crianças e adolescentes, especificamente em face da situação de trabalho. (MEDEIROS NETO; MARQUES, 2013, p. 75-76).

A coordenadoria e os membros do MPT têm obtido êxito em diversas ações, afastando crianças do trabalho infantil e regularizando o trabalho do adolescente.

Cita-se, como exemplo, a atuação do Ministério Público do Trabalho em face de diversos municípios brasileiros para erradicar o trabalho precoce e exigir políticas públicas. Frise-se que o judiciário já possui entendimento da competência da Justiça do Trabalho para efetivação de políticas públicas que visem a erradicar o trabalho infantil, como se verifica na recente decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS RATIFICADOS, RELATIVOS À PESSOA HUMANA E ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO. TRABALHO DECENTE E COMBATE IMEDIATO E PRIORITÁRIO AO TRABALHO INFANTIL E ÀS PIORES FORMAS DE TRABALHO DO ADOLESCENTE. OIT: CONSTITUIÇÃO DE 1919; DECLARAÇÃO DA FILADÉLFIA DE 1944; DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO DE 1998; CONVENÇÃO 182 DA OIT. EFETIVIDADE JURÍDICA NO PLANO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Organização Internacional do Trabalho, por meio de vários de seus documentos normativos cardeais (Constituição de 1919; Declaração da Filadélfia de 1944; Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998; Convenção 182), asseguram, de maneira inarredável, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a implementação de trabalho efetivamente decente para os seres humanos, a proibição do trabalho da criança e o combate imediato e prioritário às piores formas de trabalho do adolescente. O Estado Democrático de Direito – estruturado pela Constituição da República e que constitui também o mais eficiente veículo para implementar esses comandos do Texto Máximo da República e dos documentos normativos da OIT – impõe ao Poder Público a adoção de medidas normativas e administrativas para o cumprimento prioritário dessas normas constitucionais e internacionais ratificadas e absolutamente imperativas. A lesão ao direito difuso de crianças e adolescentes, manifestamente desrespeitado no Município, submetidos a *relações de trabalho* flagrantemente proibidas ou gravemente irregulares, pode ser levada ao Poder Judiciário, mediante Ação Civil Pública, pelo Ministério Público do Trabalho (art. 5º, XXXV, CF; art. 129, I, II e III, CF), sendo competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ACP (art. 114, I e IX, CF). O fulcro da lide são as *relações de trabalho* irregulares, ao passo que o Município é potencial devedor de medidas públicas eficazes para sanar ou reduzir a lesão – circunstâncias que enquadram, inapelavelmente, o litígio nos marcos da competência da Justiça do Trabalho. *Recurso de revista conhecido e provido.*

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS. O Direito do Trabalho é campo decisivo no processo de inserção justabalhista no universo geral do Direito, tendo a Constituição da República firmado o conceito e a estrutura normativos do Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho. Cabe à Justiça do Trabalho cumprir o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores sociais e estatais, assegurando a *efetividade* da ordem jurídica de Direito Material.

Resta claro, portanto, que a erradicação do trabalho infantil é medida de manifesto interesse ao Direito do Trabalho e, com igual razão, ao campo de atuação do Ministério Público do Trabalho. No presente caso, discute-se pedido decorrente de *relação de trabalho* que visa à implantação de políticas públicas, pelo Município de Codó, no tocante ao combate ao trabalho infantil e a outras formas degradantes de trabalho. A atuação do Poder Judiciário, em caso de *omissão* do administrador público para a implementação de tais políticas públicas previstas na CF, insere-se na competência material da Justiça do Trabalho, definida em razão da matéria, nas hipóteses disciplinadas no art. 114, I a IX, da CF. Precedentes do STF Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2013). [Grifos do original].

Dessa forma, há diversas possibilidades de atuação do membro do Ministério Público do Trabalho para aplicar a doutrina da proteção integral e resgatar a dignidade das pessoas que ainda se encontram em fase de desenvolvimento social e moral e não conseguem reivindicar sozinhas seus direitos.

4 • Considerações finais

Infere-se, após o desenvolver do tema, que, após profunda e árdua evolução jurídica e política, a nação brasileira possui um arcabouço legal suficiente para proteger as crianças e os adolescentes, uma vez que alicerçado na doutrina internacional da proteção integral.

Assim, os ditames jurídicos que inserem a criança e o adolescente no topo das prioridades de um Estado não podem ser acolhidos como mera orientação, ao contrário, devem ser plenamente realizados, pois constituem valores oriundos de conquistas históricas.

Contudo, a efetividade das normas ainda requer uma atuação conjunta dos órgãos de proteção da infância e juventude, especialmente do Ministério Público.

Na seara trabalhista, o Ministério Público do Trabalho vem travando muitas batalhas para erradicar o trabalho infantil, regularizar o trabalho do adolescente e promover a existência de políticas públicas para garantir a máxima eficácia social dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como estimular os governantes à realização dos fins

constitucionais, por meio de atividades extrajudiciais, judiciais e de articulação social.

A infância e a juventude, mais do que o futuro de uma nação, são o retrato presente e atual de um país. Protegê-las contra todos os tipos de violência não é apenas um dever jurídico, é também uma obrigação moral da família, da sociedade e do Estado.

À proporção que os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes se concretizam, mais perto se chega a um ideal de civilização no qual todos, sem exceção, exercitam sua cidadania e, em contrapartida, são respeitados.

Referências

ALENCAR, Mônica Maria Torres de. Transformações econômicas e sociais no Brasil dos anos 1990 e seu impacto no âmbito da família. In: SALES, Mione Apolinário; MATOS, Maurílio Castro; LEAL, Maria Cristina (Org.). *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____ (Org.). *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALEIROS, Eva Silveira; FALEIROS, Vicente de Paula. *Escola que protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes*. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 46. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GARCÍA, Margarida Bosch. Um sistema de garantia de direitos - fundamentação. In: CABRAL, Edson Araújo (Org.). *Sistema de garantia de direitos: um caminho para a proteção integral*. Recife: CENDHEC, 1999. p. 2. Disponível em: <www.criancaeadolescente2007.com.br/biblioteca/documentos/10032007185846.doc>. Acesso em: 28 jul. 2008.

HARPER, Douglas. *Online etymology dictionary*. 2001. Disponível em: <<http://www.etymonline.com/index.php?search=infant&searchmode=nl>>. Acesso em: 20 maio 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Rafael Dias. Ações do Ministério Público do Trabalho na prevenção e repressão ao trabalho infantil: atuação e instrumentos processuais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXII, n. 44, set. 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil*. Brasília: CNMP, 2013.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do trabalho do menor*. São Paulo: LTr, 2003.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. Mudanças estruturais, política social e papel da família: crítica ao pluralismo de bem-estar. In: SALES, Mione Apolinário; MATOS, Maurílio Castro; LEAL, Maria Cristina (Org.). *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel et al. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RONCIÈRE, Charles de la. A vida privada dos notáveis toscanos no limiar da Renascença. In: DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada*. v. 2. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: safE, 2001.

VAINFAS, Ronaldo. Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista. In: SOUZA, Laura de Mello e (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VEYNE, Paul. O Império Romano. In: _____ (Org.). *História da vida privada*. v. 1. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

Obra composta em Aldine721 BT e Montserrat
e impressa em papel pólen 90g/m²
pela Gráfica e Editora Ideal Ltda. - Brasília-DF.
<ideal@idealgrafica.com.br>
1.770 exemplares