

TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Guilherme Guimarães Feliciano*

“Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina *governamental* para proteger os interesses públicos e dos grupos. [...] É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”
(MAURO CAPPELLETTI, BRYANT GARTH).

RESUMO: O artigo examina os diversos contextos de tutela dos direitos humanos fundamentais no processo do trabalho, minudenciando os múltiplos usos da ação civil pública em seara laboral, lançando luzes sobre aspectos ainda obscuros da EC n. 45/2004 (tais como o cabimento do “*habeas data*” na Justiça do Trabalho), sistematizando objetivamente as hipóteses de inversão do ônus da prova nas ações trabalhistas e discutindo o problema das tutelas processuais “*ex officio*”, entre outras abordagens. Colima-se, com o ensaio, chamar a atenção de juristas, operadores e jurisdicionados para o paulatino entorpecimento das sensibilidades, a despeito das lesões ou ameaças que achacam diuturnamente direitos fundamentais de trabalhadores. À míngua de tutelas preventivas ou inibitórias, as violações resolvem-se em indenizações, consolidando uma cavilosa perspectiva monetizadora.

* GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Guaratinguetá/SP, é Bacharel e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor concursado do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2005-2007. Diretor Científico do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro (NELB), anexo à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Membro da Subcomissão de Doutrina Internacional do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de teses e monografias jurídicas (*Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, LTr, 2005; *Informática e Criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

PALAVRAS-CHAVE: 1. Tutela processual dos direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Devido processo legal. 4. Processo do trabalho (teoria geral). 5. Ações constitucionais (processo do trabalho). 6. Tutela específica. 7. Judicialização da política.

SUMÁRIO:

- I. Introdução.
- II. Direitos humanos e direitos fundamentais.
- III. Direitos humanos fundamentais nas relações de trabalho.
- IV. Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho.
 - 4.1. Ações civis públicas e coletivas. Dano moral coletivo.
 - 4.2. O «habeas data» e as ações de reconhecimento de vínculo empregatício.
 - 4.3. Inversões do ônus da prova.
 - 4.4. Poderes instrutórios e tutela «ex officio».
 - 4.5. Meio ambiente do trabalho.
 - 4.6. Judicialização da política.
- V. Conclusões.
- VI. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) coroou um processo secular e ainda inacabado de descobrimento e positivação dos direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade inerentes à condição humana. Já por isso — pela incompletude do processo —, tal Declaração consagrou direitos inegavelmente *históricos*, tal como configurados na percepção das nações ao cabo dos horrores da Segunda Guerra Mundial. Não os exauriu, nem poderia tê-lo feito. Prova disso são os recentes textos internacionais em prol de direitos humanos que passaram ao largo daquele documento, como os direitos biogenéticos mais complexos e os direitos-deveres de informação e sigilo¹.

Conseqüentemente, o processo de *descobrir* e *positivar* direitos do homem corresponde a um ciclo virtualmente interminável. São os velozes passos do ser humano em direção ao progresso tecnológico e ao desenvolvimento material e econômico que os determinam, não o contrário. Há, sempre, uma margem de *incerteza* no conteúdo, compensada por um índice de certeza formal: são — e serão — **direitos**.

Mas o que isso significa, em termos práticos?

¹ Vejam-se, *e.g.*, a Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (1997) e a Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (1981).

Para evocar uma conhecida fórmula do Código Civil de 1916, significa que a cada um desses direitos corresponde uma ação judicial (artigo 75²). Ou seja: por hipótese, todos esses direitos hão de engendrar, em relação ao Estado, um **direito de agir** (instrumental) que lhes assegure a efetividade. O que nos remete ao tormentoso problema do **acesso à Justiça**.

RICHARD CLAUDE dizia que “a efetividade ou proteção processual é apenas **outro aspecto** do conteúdo do Direito”³. Noutras palavras, o acesso à Justiça — ora compreendido como “proteção processual” (= acesso adequado à tutela jurisdicional mediante ações e remédios legalmente predispostos) — é o fator que assegura, para além das meras proclamações, a *satisfação* dos conteúdos valiosos imanentes aos demais direitos fundamentais⁴. A garantia dos direitos fundamentais seria meramente retórica se não houvesse, ao alcance dos cidadãos interessados, meios jurídicos hábeis a obter do Estado-juiz um provimento de afirmação compatível com as pretensões injustamente frustrada e exequível “*sub imperii*”.

Pois bem. O escopo do presente trabalho é, a partir dessas premissas, demonstrar e operacionalizar aquela hipótese em seara trabalhista. Num ramo da Ciência Jurídica em que o objeto útil dos contratos é a própria *força de trabalho* da pessoa humana (i.e., uma projeção de sua personalidade), a vulnerabilidade dos direitos fundamentais de tantos quantos laborem sob subordinação é especialmente aguçada; e, no entanto, a imensa maioria das ações propostas na Justiça do Trabalho não persegue a satisfação dos conteúdos de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a privacidade ou a informação, mas a quitação de direitos de crédito de estrita aferição patrimonial (que seriam, se muito, emanações de um único direito previsto na Convenção de 1948, a saber, o *direito de propriedade*...⁵).

Não é crível que, em meio aos mais de trinta milhões de contratos formais de emprego que existem no Brasil⁶, as lesões ou ameaças de lesão a direitos fundamentais sem expressão patrimonial (vida, integridade, liberdade, informação, etc.) reduzam-se a números tão marginais. Menos crível, ainda, se considerarmos as estimativas dos postos *informais* de trabalho subordinado no país do “jeitinho”. É lícito conjecturar, portanto, que exista uma subutilização dos remédios judiciais preventivos e corretivos, provavelmente em função do medo de punições e dispensas, a que se soma uma cultura

² “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Conquanto pedagógico, o preceito não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002).

³ Richard Claude, “Comparative Rights Research: Some Intersections between Law and the Social Sciences”, in *Comparative Human Rights*, Richard Claude (ed.), Baltimore, John Hopkins University Press, 1976, p.39 (g.n.).

⁴ Cfr., por todos, Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, pp.12-13.

⁵ Que, a propósito, perdeu seu sentido de “direito sagrado e inviolável” (dominante no período das revoluções burguesas, como se constata, entre os franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789), a ponto de BOBBIO afirmar que “hoje, ao contrário, toda referência ao direito de propriedade como direito do homem desapareceu nos documentos mais recentes das Nações Unidas” (*A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.27). Veja-se, p. ex., o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, ambos de 16.12.1966.

⁶ Fonte: Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2004.

de monetização de direitos laborais inalienáveis que já vem de algumas décadas. Os trabalhadores preferem aguardar o término regular dos contratos de trabalho para reclamar, em juízo, todos os direitos violados (sempre pela ótica indenitária, eis que consumadas as lesões e impraticável a restituição ao “*status quo ante*”).

Essa é, por evidente, uma disfunção do sistema brasileiro de tutela processual trabalhista. E o primeiro passo para corrigi-la é promover a conscientização difusa dos operadores jurídicos quanto às *possibilidades* e aos *benefícios* da tutela judicial preventiva e/ou restauradora nos quadros de violação (em ato ou potência) dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Eis, doravante, a nossa contribuição.

II. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em matéria de direitos humanos, o mais importante documento jurídico produzido pelo Homem provavelmente seja mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 e referida *supra*. Em seu preâmbulo, os Estados soberanos reconheceram que “*o reconhecimento da **dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo***” (g.n.). No considerando seguinte, registrou-se que “*o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade*”, sendo fundamental que “*os **direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei**, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão*” (g.n.).

Não é fácil **defini-los**, como se verá. Em geral, toda definição torna-se tautológica: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. E, se não são tautológicas, raramente são satisfatórias. Outros exemplos: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Ou ainda: “são os direitos cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização” (BOBBIO). Já para ALEXANDRE DE MORAES, a expressão “direitos do homem” designa o

conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua **dignidade**, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁷.

MORAES prefere, aliás, a expressão “direitos humanos fundamentais”, seguindo de perto a terminologia da UNESCO⁸.

⁷ Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.39 (g.n.).

⁸ *Idem*, pp.39-40.

Outros autores há que distinguem entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Nesse sentido, MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA esclarece, com base em WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, que

do ponto de vista histórico – e portanto, empírico – os direitos fundamentais decorrem dos direitos humanos. No entanto, **os direitos fundamentais correspondem a uma manifestação positiva do direito, ao passo que os direitos humanos se restringem a uma plataforma ético-jurídica**. O que se observa é que há uma verdadeira confusão, na prática, entre os dois conceitos. Saliente-se, entretanto, que os direitos humanos se colocam num plano ideológico e político. Estes últimos se fixam, em última análise, numa escala anterior de juridicidade⁹.

Com tudo isso, se compreende de imediato porque o Poder Judiciário tem uma função primordial a desempenhar na tutela dos direitos humanos: a ele a Constituição reservou a missão institucional de garantir, na última trincheira sociológica (a do **conflito**), a **liberdade** dos homens, a **justiça** nas relações e a **paz** na sociedade. Ora, a **liberdade**, a **justiça** e a **paz** são os maiores valores de um Estado Democrático de Direito. Daí se dizer, afinal, que o Poder Judiciário é o **guardião da Democracia** nos Estados Republicanos. *Não se faz Democracia sem a salvaguarda intransigente dos direitos do homem*¹⁰.

Ainda sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, releva evocar o escólio sempre atual e elucidativo de NORBERTO BOBBIO¹¹. Para o autor, existem três premissas inasfastáveis em derredor do tema dos direitos do homem:

1. os “direitos naturais” — a exemplo daqueles positivados na Declaração de 1948 — são, na verdade, *direitos históricos* (cfr. *supra*);

2. nascem — ou são reconhecidos — no início da Era Moderna (Revolução Francesa de 1789, Declarações de Direitos e Constituição americana de 1787, obras de THOMAS PAINE, etc.¹²), juntamente com a concepção individualista da sociedade;

⁹ Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, “Por uma teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação no Júri Popular”, in *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 37, dez. 1999 (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1072>, acesso em 18.12.2005 — g.n.).

¹⁰ Cfr., por todos, Norberto Bobbio, *op.cit.*, p.1: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: **sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia**; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo” (g.n.).

¹¹ *Idem*, p.4.

¹² PAINE realizou a primeira defesa ampla da Declaração francesa de 1789, historicamente documentada, nas duas partes de “*Os direitos do homem*” (publicadas respectivamente em 1791 e 1792).

3. tornaram-se um dos principais indicadores do progresso histórico da civilização.

No plano histórico, a consolidação da teoria geral dos direitos humanos deve-se a uma mudança progressiva de perspectivas no plano jurídico-político. Ou, na dicção de BOBBIO,

deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano [absolutismo], em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos¹³.

Sendo históricos, não há como se encontrar um fundamento absoluto para os direitos humanos. Derivam da concepção ética de seu tempo. Nada obstante, pode-se apontar-lhes três **características empíricas**¹⁴:

- radicam-se nos **valores últimos** de uma dada sociedade — salientando-se que, não raro, esses “valores últimos” são antinômicos, razão pela qual surgem as chamadas *colisões de direitos fundamentais*¹⁵. Já por isso, reúnem-se em uma classe **mal-definível** (i.e., só se logra defini-los mediante recurso a tautologias ou predicados, não à essência em si);

- constituem ainda uma classe **variável**, dada que histórica. No futuro, poderão surgir novos “direitos do homem”. BOBBIO sugere o “direito a não portar armas contra a própria vontade” (que poderia significar, *e.g.*, o fim do serviço militar obrigatório). Outro exemplo está no direito fundamental dos cidadãos à acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas mediante *concursos objetivos de seleção*, tal como

¹³ Norberto Bobbio, *op.cit.*, p.2.

¹⁴ *Idem*, pp.17-21 e 43-46.

¹⁵ Costumamos ilustrar esse tipo de colisão com o paradigmático caso da zona de mananciais da represa Billings, localizada na região sul da Grande São Paulo: por muito tempo, as pessoas construíram impunemente habitações nos seus arredores, levando à eclosão de um movimento de ocupação desordenada do solo em áreas proibidas ao loteamento residencial. Ao cabo desse processo, apresentou-se ao Poder Público local um dilema de difícil equacionamento: por um lado, o interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *caput*, da CRFB) impunha a desocupação das áreas de mananciais e impedia quaisquer obras de saneamento básico; por outro, havia o direito social à habitação (artigo 6º da CRFB), reivindicado pelos residentes, sem condições econômicas para se instalarem alhures. No caso do Jardim dos Pinheiros, o dilema resolveu-se com um termo de ajustamento de conduta que envolveu moradores, a Prefeitura de São Bernardo do Campo e o Ministério Público Estadual, levando à construção da primeira estação de tratamento de água em área de mananciais (o que não era, até então, tolerado pelo *Parquet*). Cfr., a respeito, http://www.estadao.com.br/ext/ciencia/agua/aganobrasil_13.htm (acesso em 18.12.2005).

previsto, *e.g.*, no artigo 37, II, da CRFB (garantia inimaginável ao tempo dos reis, nos séculos XV ou XVI);

- constituem, enfim, uma classe **heterogênea**: abrangem pretensões as mais díspares e, por vezes, **incompatíveis** entre si (o que decorre daquela mesma antinomia recorrente de valores).

Nessa esteira, os direitos humanos estratificaram-se em três ou quatro **gerações de direitos** (ou **dimensões**, como querem alguns, já que o conceito de “geração” poderia sugerir a obsolescência ou superação das gerações mais “antigas”). Seguem abaixo.

1. Os direitos humanos de primeira geração são basicamente aqueles consagrados na Declaração de 1948, *i.e.*, os *direitos civis e políticos* (relacionados ao valor *liberdade*). Tais direitos reclamam, da parte de terceiros (notadamente os poderes e órgãos públicos), uma série de *deveres puramente negativos* que implicam a abstenção de determinados comportamentos cerceadores. São, pois, as **liberdades públicas**.

2. Os direitos humanos de segunda geração são os *direitos sociais, econômicos e culturais*. Entre nós, vejam-se todos os direitos sociais inscritos nos artigos 6º e 7º da CRFB (esses últimos atrelados umbilicalmente às origens históricas do Direito do Trabalho). Os direitos de segunda geração só podem ser satisfeitos se forem *impostos* aos terceiros (notadamente aos poderes e órgãos públicos), imputando-se-lhes um arcabouço de *deveres positivos* sindicáveis em juízo. Alguns os chamam **poderes**, porque — embora ligados ao valor fundamental da *igualdade* — enfeixam as possibilidades de exercício das chamadas *liberdades positivas, reais ou concretas* (ao contrário dos direitos de primeira geração, que dizem com as *liberdades clássicas, negativas ou formais*), as quais demandam *prestações* (e não abstenções) do Estado. Nesse cadinho forjou-se o conceito de *interesses coletivos “stricto sensu”* (vide o artigo 81, II, do CDC e o tópico 4.1, *infra*).

Os direitos de primeira e de segunda geração tendem a ser *antinômicos* entre si, pois a realização plena de todos eles não admite simultaneidade. Assim, *p. ex.*, se há políticas públicas direcionadas à plenitude do direito à habitação, impondo pesadas multas aos proprietários de imóveis vagos que não os cedam em locação, mitiga-se o direito de propriedade (que assegura a liberdade de usar, gozar e dispor como bem aprouver do patrimônio amealhado). São essas inevitáveis colisões que estão, afinal, na raiz das doutrinas da *função social da propriedade* (artigo 5º, XXIII, da CRFB). Daí a grande máxima de ALEXIS DE TOCQUEVILLE (sobre o então resplandecente sistema democrático norte-americano): *igualdade e liberdade* são valores que historicamente convivem em irredutível tensão¹⁶. “*Mutatis mutandi*”, o mesmo se poderia dizer, na esfera jurídica, dos *direitos de liberdade* e dos *direitos de igualdade* (ou *poderes*).

¹⁶ “*Quis manifestar em plena luz os perigos que apresenta a igualdade para a independência humana, porque creio firmemente que tais perigos são os mais formidáveis como também os menos previstos de quantos encerra o futuro. Mas não os creio insuperáveis*”. Cfr. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*, trad. E. Higgins, Rio de Janeiro, Saga, 1967, pp.330-335.

3. Os direitos humanos de terceira geração definem-se como “*direitos de solidariedade*: direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente”¹⁷. Tais direitos estão ligados ao valor da *fraternidade* (= solidariedade), completando o tríduo axiológico da Revolução Francesa de 1789.

Essa classe de direitos envolve um processo de *coletivização* dos interesses e destinatários (forjando-se o conceito de *interesses difusos*) e de *especificação* dos sujeitos titulares (consideração do indivíduo humano “*uti singulus*”: a criança, a mulher, o adolescente, o consumidor, o contribuinte, o deficiente, o idoso, etc.). Eis aqui o ponto de inflexão dos direitos de terceira geração, uma vez que, nas liberdades singulares do século XVIII, pensava-se o homem “*in abstracto*”, sob o pálio da igualdade formal. Na terceira geração, porém, os direitos e os homens diferenciam-se em função do *gênero* (homem vs. mulher), das várias *fases da vida* (direitos da infância e da juventude, direitos do idoso) e dos vários *estados excepcionais* (deficientes físicos e mentais — ou *portadores de necessidades especiais*, na expressão mais atual), entre outros¹⁸. No âmbito internacional, vão às centenas os textos jurídicos tributários da perspectiva do homem “*ut singulus*”, como a Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971). No âmbito interno, são célebres exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o recente Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) e, “*de jure constituendo*”, o Código de Defesa do Contribuinte (PLC n. 646/99, em tramitação no Senado Federal¹⁹). Refiram-se ainda, como direitos de terceira geração, o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (artigo 225, *caput*, da CRFB) e os chamados *direitos de paz* (em geral).

4. Os direitos humanos de quarta geração resultariam da *globalização* da Economia e dos direitos fundamentais, bem como da *universalização* desses últimos no plano institucional, com vistas à (re)fundação do Estado Social e à composição de uma trincheira de direitos antagônicos à globalização neoliberal²⁰. Essa classe inclui, p. ex., o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Há, ainda, quem vislumbre aqui os novos *direitos de biogenética* (e.g., o direito à não-intervenção genética “*in vivo*” e a proibição da clonagem reprodutiva) e outros direitos cogitados no final do século XX, rebentos da era tecnológica.

Para nós, há uma nova geração de direitos humanos fundamentais que se prenuncia com as **novas titularidades** que se já se esboçam a jusante, especialmente em matéria de “direitos intergeracionais” (= direitos das futuras gerações). Poderiam ser esses os direitos de quarta geração (como, e.g., o direito das futuras gerações à

¹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p.252.

¹⁸ Cfr., por todos, Norberto Bobbio, *op.cit.*, pp.68-69.

¹⁹ Com diversos precedentes no Direito comparado. Nos Estados Unidos da América, vige em âmbito federal uma Declaração dos Direitos do Contribuinte que remonta ao ano de 1996. A Espanha aprovou uma Lei de Direitos e Garantias do Contribuinte em 1998. E a Itália adotou, há um lustro (em 2000), o seu próprio Estatuto do Contribuinte.

²⁰ “Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política” (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 524 -526).

preservação do genoma humano fundamental). Ou, a se preservar a ótica de BONAVIDES (quarta geração de direitos ligada à idéia de resistência contra a globalização neoliberal), conviria admitir o evoluir de uma *quinta geração (dimensão)* de direitos fundamentais. Como observa BOBBIO,

Olhando para o futuro, já podemos entrever a **extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras**, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a **novos sujeitos, como os animais**, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos. Decerto, todas essas novas perspectivas fazem parte do que eu chamei, inicialmente, de história profética da humanidade, que a história dos historiadores [...] não aceita tomar em consideração²¹.

Adiante:

[...] Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um **direito da natureza** a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem²².

É como se esquadrinham, portanto, os direitos humanos fundamentais atualmente reconhecidos. Essa taxonomia aproveitará, adiante, à análise dos direitos fundamentais em contextos de trabalho subordinado.

Finalmente, é interessante atinar para as *características* dos direitos humanos *reciprocamente considerados* (que são, diríamos, suas características propriamente **jurídicas**). Seguindo MORAES²³, reconhecem-se as seguintes:

(i) **imprescritibilidade** — os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso de prazo (ao que se associa a tese, paralela, de que os crimes contra a humanidade são igualmente imprescritíveis²⁴);

(ii) **inalienabilidade** — os direitos humanos fundamentais não podem ser transferidos ou cedidos, a título oneroso ou gratuito, a quaisquer terceiros;

²¹ Norberto Bobbio, *op.cit.*, p.63 (g.n.).

²² *Idem*, p.69 (g.n.).

²³ Alexandre de Moraes, *op.cit.*, p.41.

²⁴ Cfr., a respeito, o artigo 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4.388/2002 e amparado pelo recente parágrafo 4º do artigo 5º da CRFB, conforme redação da EC 45/2004): “**Imprescritibilidade.** Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem”. São de sua competência o crime de genocídio (artigo 6º), os crimes contra a humanidade (artigo 7º) e os crimes de guerra (artigo 8º). O homicídio simples, a tortura, o seqüestro ou o cárcere privado — que são crimes contra direitos humanos fundamentais, a saber, a vida, a integridade físico-psíquica e a liberdade espacial — podem ser crimes contra a humanidade se forem cometidos “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque” (artigo 7º, *caput*). Nesse caso, seriam tecnicamente imprescritíveis.

(iii) irrenunciabilidade — os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia (o que justifica, em larga medida, a relativa *irrenunciabilidade* dos direitos trabalhistas em geral²⁵);

(iv) inviolabilidade — os direitos humanos fundamentais não podem ser desrespeitados por comandos normativos infraconstitucionais ou por atos administrativos de autoridades públicas;

(v) universalidade — os direitos humanos fundamentais alcançam e favorecem todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade, credo, sexo, raça, convicção político-filosófica, etc.;

(vi) efetividade — os direitos humanos fundamentais devem ser garantidos pelo Poder Público, não bastando a sua proclamação ou previsão “*in abstracto*”;

(vii) complementaridade — os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de modo conjunto e sistemático, para que se complementem em função do projeto teleológico da Constituição;

(viii) interdependência — os direitos humanos fundamentais possuem interconexões e intersecções entre si, de modo que o malferimento de um deles normalmente afeta o exercício dos demais. Essa talvez seja a mais relevante entre todas as características “jurídicas” dos direitos fundamentais. Pode-se facilmente ilustrá-la: a violação do direito à vida compromete, necessária e obviamente, todos os demais direitos humanos; da mesma forma, negar ao indivíduo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é comprometer-lhe o próprio direito à vida, assim como o direito à saúde, à integridade física, à propriedade, etc. Essa mesma interconectividade se manifesta em todos os outros supostos de violação de direitos e garantias fundamentais.

À vista de tudo quanto se expôs, passemos a examinar os direitos humanos fundamentais no bojo das relações de trabalho subordinado.

III. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No imo das relações de trabalho subordinado, não é difícil identificar manifestações de cada uma daquelas gerações de direitos humanos fundamentais. A diferença é que, às mais das vezes, o sujeito opressor não é o Estado, mas o empregador ou o tomador de serviços (sejam pessoas privadas, sejam pessoas jurídicas de direito público ou estatais). O que em nada interfere no “*status*” desses mesmos direitos: continuam sendo *direitos humanos fundamentais*, com positividade constitucional. Afinal, também nós entendemos, com CANARIS, que

²⁵ Cfr., por todos, Américo Plá Rodríguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner D. Giglio, 4ª tiragem, São Paulo, LTr, 1996, pp.66-107.

em contraposição às leis do direito privado, bem como à sua aplicação e desenvolvimento pela jurisprudência, os sujeitos de direito privado e o seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais. Estes **desenvolvem**, porém, os seus **efeitos nesta direcção, por intermédio da sua função como imperativos de tutela**. [...] Por conseguinte, objecto do controlo segundo os direitos fundamentais são apenas, em princípio, regimes e formas de conduta estatais, e não já de sujeitos de direito privado, isto é, negócios jurídicos, actos ilícitos, etc. [...] A circunstância de, não obstante, os **direitos fundamentais exercerem efeitos sobre esses últimos** explica-se a partir da sua função como imperativos de tutela. Pois o dever do Estado de proteger um cidadão perante o outro cidadão, contra uma lesão de seus bens, garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeita também — e justamente — ao nível do direito privado. Esta concepção tem a vantagem de, por um lado, não abdicar da posição de que, em princípio, apenas o Estado, e não o cidadão, é o destinatário dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, oferecer, igualmente, uma explicação dogmática para a questão de saber se, e porquê, o **comportamento de sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos fundamentais** [...]. É de considerar como falhada a tentativa de, recorrendo à “teoria da convergência estatista”, imputar todos os comportamentos de sujeito de direito privado ao Estado, e de, em conformidade, os abranger pela função dos direitos fundamentais de proibição de intervenção, de tal forma que não existisse nem espaço, nem necessidade, de invocar a função de imperativos de tutela [...]. A função de imperativo de tutela, e a proibição de insuficiência a seu flanco, têm uma eficácia mais fraca que a função de proibição de intervenção e a proibição do excesso²⁶.

Conseqüentemente, a função de imperativo de tutela²⁷ dos direitos humanos fundamentais tem desdobramentos concretos no plexo de direitos e deveres que acedem aos contratos de trabalho, sobretudo em razão dos graus de pessoalidade e subordinação que informam o vínculo. Isso porque, na dicção de CANARIS,

A função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela também se aplica, em princípio, em relação à auto-vinculação por contrato. Ela tem aqui **relevância especial**, por um lado, **se, pelo seu carácter pessoalíssimo, o bem protegido por direitos fundamentais, cujo exercício é contratualmente limitado, não estiver de todo à disposição do seu titular**, ou **se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for**

²⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, pp.132-134.

²⁷ A função de *imperativo de tutela* dimana das Constituições democráticas e proíbe que, em relação aos direitos humanos fundamentais ali consagrados, desça-se abaixo de um certo *mínimo* de protecção. CANARIS chamou a isso “proibição de insuficiência”, expressão que depois foi encampada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *op.cit.*, pp.59-60.

especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica, e, por outro lado, se as possibilidades fácticas de livre decisão de uma das partes contraentes estiverem significativamente afectadas [...]. O facto de problemas deste tipo serem, em regra, resolvidos de modo puramente privatístico não impede a sua dimensão jurídico-constitucional, em caso de **descida abaixo do mínimo de protecção imposto pelos direitos fundamentais**, não devendo excluir-se, à partida, a possibilidade de uma queixa constitucional²⁸.

Convém, portanto, dedicar algum esforço a esse exercício de identificação e classificação dos direitos humanos na órbita juslaboral, como preparação para os desenlaces teóricos posteriores. Vejamos, classe a classe.

1. Direitos de primeira geração (nas relações de trabalho). São todos os *direitos civis* da pessoa humana sujeitos à afetação no ambiente de trabalho. Quando se cogita da indenização por danos morais e estéticos causados ao empregado, cuida-se, respectivamente, dos direitos à *honra* e à *imagem*, que são direitos humanos de primeira geração. Da mesma forma, quando o artigo 7º, XXII, da CRFB assegura o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, está blindando os direitos à *integridade psicossomática* e à própria *vida* do trabalhador (direitos de primeira geração), à mercê das especificidades de sua condição “*ut singulus*” (i.e., os riscos laborais inerentes²⁹).

2. Direitos de segunda geração (nas relações de trabalho). São basicamente todos os direitos sociais “*stricto sensu*”, largamente estudados no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito de Seguridade Social. O elenco é vasto: direito à previdência social (prestações e serviços), irredutibilidade salarial e direito ao salário mínimo, direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, direito às horas extras e à jornada regular de trabalho, direito às férias e ao décimo terceiro salário, direito às verbas resilitórias/rescisórias, direito à participação nos lucros e resultados da empresa, etc. Cite-se, ainda, o *direito à não-discriminação no trabalho* (vide, e.g., a Lei 9.029/95), que deita raízes no próprio direito à *igualdade civil*, tal como consagrado no artigo 5º, I, da CRFB. Todos esses direitos convergem para um objetivo constitucional tácito, a saber, o de *reequilibrar* a disparidade socioeconômica entre os proprietários dos meios de produção (empregadores) e os detentores da força de trabalho (empregados). Daí sustentarmos, noutro trabalho, que o *princípio da proteção* (ou, na moderna terminologia de PALMA RAMALHO, o “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho”³⁰) é, na verdade, um **princípio constitucional implícito**³¹.

²⁸ *Idem*, pp.134-135.

²⁹ Sobre os riscos laborais inerentes e o conceito de *poluição labor-ambiental* (que não se confundem, pois os primeiros têm *inerência* e são tolerados, enquanto a última é teratológica), cfr., de nossa lavra, “*Meio Ambiente do Trabalho: aspectos gerais e propedêuticos*”, in *Revista Síntese Trabalhista*, São Paulo, Editora Síntese, 2002, v. 14, n. 162 (dezembro), pp.122-153.

³⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Parte I: Dogmática Geral*, Coimbra, Almedina, 2005, p.490. O princípio da compensação das posições debitórias complexas abrangeria, na verdade, o *princípio da proteção* e a sua antípoda, a saber, o *princípio da prevalência dos interesses de gestão*. Para a nossa posição, cfr. “*Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo*”, in

3. Direitos de terceira geração (nas relações de trabalho). Dessa classe é, por excelência, o direito ao meio ambiente do trabalho são e equilibrado (artigo 225, *caput*, c.c. artigo 200, VIII, da CRFB). Outros exemplos seriam os direitos e garantias específicas de idosos, das crianças e dos adolescentes no trabalho (cfr. os artigos 26 a 28 do Estatuto do Idoso, os artigos 402 a 441 da CLT e os artigos 60 a 69 do ECA), que concernem a interesses difusos e desafiam a legitimidade processual do Ministério Público.

4. Direitos de quarta geração (nas relações de trabalho). São provavelmente os de mais penosa identificação. Dessa ordem seria, *e.g.*, o direito das atuais e futuras gerações a que os quadros públicos (cargos, empregos e funções) componham-se mediante concursos públicos de provas ou de provas e títulos, de modo isento e plural, preservando a moralidade e a imparcialidade administrativas. Perfilhando-se a concepção de BONAVIDES (*supra*), podem-se ainda identificar os direitos relacionados à democracia e ao pluralismo no âmbito empresarial e sindical (*e.g.*, o direito às comissões e/ou representações de fábrica, *ut* artigo 11 da CRFB) e também o direito à informação laboral mínima.

Quanto a esse derradeiro aspecto — o direito à informação laboral mínima — tivemos ocasião de julgar ação movida pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Destilação e Refinação de Petróleo de São José dos Campos em face da Refinaria joseense da Petrobrás (REVAP), na qual se pedia a *exibição* de laudos e das medições das concentrações de benzeno dos últimos cinco anos nas diversas áreas do parque industrial. Ao contestar, a Petrobrás recusou-se a exibi-los, alegando tratar-se de levantamentos custeados pela REVAP sem a participação do sindicato, que não teria legitimidade para devassar a documentação alheia, acessando informações estratégicas que interessariam apenas à gestão da empresa; qualquer coerção nesse sentido configuraria violação ao princípio da legalidade. Aos empregados, bastaria saber o resultado final das avaliações ambientais, tal como divulgado em exposições periódicas, a critério do empregador.

Em medida liminar de antecipação dos efeitos da tutela de mérito (18.09.2000), depois confirmada em sentença definitiva, determinamos à REVAP a colação dos laudos e medições nos autos do processo, em documentos originais ou autenticados, restringindo o acesso das informações às partes, advogados e Ministério Público. Na ocasião, evocamos o princípio bioético da autonomia para assegurar aos trabalhadores o direito à informação laboral mínima, ponderando que

sem o pleno conhecimento das medições e dos demais dados coletados e avaliados, a classe profissional não se faz governar com plena autonomia, atendo-se às conclusões de terceiro interessado [...] em inaceitável restrição à autonomia coletiva e malferimento do mais elementar senso bioético, cuja substância define-se pela trindade

Jus Navigandi, Teresina, a.10, n. 916, jan. 2006 (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7795>, acesso em 11.01.2006).

³¹ Cfr., de nossa lavra, “*Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo*”, *cit.* (tópico II).

beneficência (qualidade ambiental e qualidade de vida), autonomia (autogoverno) e justiça (defesa da vida física, comprometimento com o bem-estar do semelhante); daí porque **informar plenamente** os trabalhadores é inarredável **dever**, primeiramente **bioético** e depois **jurídico**, de que se tem esquivado a reclamada³².

Registrávamos ainda, pouco antes, que

as provas orais coligidas na audiência de fls.79-81 — que passa a funcionar como *audiência de justificação* para os fins do art. 12, *caput*, da Lei 7.347/85 — são suficientemente robustas para evidenciar o «*periculum in mora*», ante a natureza cancerígena do benzeno e a ocultação de dados pela reclamada. Insta observar que a própria reclamada reconhece os riscos do benzeno, a eles se referindo “*en passent*” no documento de fl.58; da mesma forma, os Anexos 13 e 13-A da N.R. 15 (Portaria 3.214 do MTb) elecam-no entre as **substâncias cancerígenas**, donde *qualquer possibilidade de exposição a benzeno* configurar, por razões óbvias, hipótese de «*periculum in mora*». [...] Já o «*fumus boni iuris*» deflui do próprio Acordo Coletivo de Trabalho encartado à fl.12 [...]. O **direito à informação**, em tema de *segurança e medicina no trabalho*, há de ser **pleno**, sendo *ilícita* e *ilegítima* a sua limitação às informações que a PETROBRÁS *quiser* ou *puder* divulgar, sob pena de convolar-se a garantia da cláusula 78, §2º, em mera *formalidade* sem desdobramentos práticos³³.

Releva notar que a demanda foi ajuizada pelo sindicato como “ação de cumprimento”, em vista do teor da cláusula 78, §2º, do acordo coletivo de trabalho então vigente. Mas era, a rigor, uma *ação civil pública* destinada ao acautelamento de um interesse coletivo da categoria, nos termos do artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85. Já por isso, recebemo-la como tal e, em decisão interlocutória mista, determinamos a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, facultando ao Ministério Público a integração à lide como litisconsorte ativo ou a intervenção como “*custos legis*” (artigo 5º, §§ 1º e 2º, c.c. artigo 7º da Lei 7.347/85). O episódio serve para demonstrar como ainda caminha a passos claudicantes a tutela judicial de direitos fundamentais de quarta geração em seara trabalhista (inclusive no que concerne à escolha do remédio judicial adequado).

Alfim, desbastadas as mais candentes manifestações dos direitos humanos fundamentais no mundo do trabalho, importa saber se esses direitos vêm sendo geralmente respeitados por empregadores como por tomadores de serviços. E o que terminamos por descobrir não chega a ser alvissareiro. A leitura diária dos jornais e a assistência aos noticiários televisivos revelam diuturnas violações dos direitos humanos da pessoa trabalhadora (que, não raro, sequer logra reconhecê-los). Por isso, assinalava em outro trabalho:

³² Cfr. proc. n. 845/2000, da 2ª Vara do Trabalho de São José dos Campos. Decisão interlocutória de 18.12.2000. Grifos no original.

³³ *Idem, ibidem*.

[...] a subordinação jurídica do trabalhador torna-se instrumento de opressão e tirania no âmbito das unidades produtivas, conquanto sem a visibilidade de outrora. Na sociedade pós-moderna, a reificação do homem trabalhador dá-se à margem da grande empresa — mas para o seu proveito — nas complexas estratégias de reengenharia, *empowerment* e terceirização. A discriminação do trabalhador negro ganha foros de normalidade, desvelando-se nos anúncios de emprego que exigem “boa aparência”. Não vai atrás a discriminação da mulher e do portador de deficiência no mercado de trabalho. O trabalho escravo é redescoberto no meio rural, ao lado do trabalho infante-juvenil, sob a batuta de “gatos”, aliciadores ou cooperativas de mão-de-obra. Revela-se ainda nas relações domésticas, onde a miséria e a paradoxal solidão do mundo globalizado convergem para a proliferação das “filhas de ocasião”, que se sujeitam à servidão humana por anos a fio em troca de alimento e moradia. Nas unidades fabris — inclusas as da grande empresa — os números oficiais de acidentes de trabalho continuam despontando entre os maiores do planeta, anunciando a privação de tudo quanto constitui a própria *humanidade* do trabalhador: a sua compleição somática (nas mutilações), a sua saúde (nas moléstias), a sua tranqüilidade (nos transtornos psíquicos); por vezes, a sua existência (nos eventos fatais)³⁴.

À mercê de quadros tão nefastos, a Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, entendeu por bem *reforçar publicamente* os seus compromissos históricos há menos de dez anos. Em 18.05.1998, foi aprovada a *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho* (Genebra), que veio conferir maior positividade aos chamados *direitos fundamentais da pessoa trabalhadora* no âmbito do Direito Internacional Público, derivando-os de *princípios* que já se continham germinalmente na própria Constituição da OIT (1919) e na Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia, de 1944). São eles (artigo 2º):

- (a) o princípio da liberdade sindical e o direito efetivo de negociação coletiva;
- (b) o princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- (c) o princípio da abolição radical do trabalho infantil;
- (d) o princípio da eliminação das discriminações em matéria de emprego e ocupação.

Como se vê, alguns soam mais como *metas de políticas públicas* do que como princípios jurídicos propriamente ditos. Mas, nada obstante, ganharam em positividade e eficácia simbólica com a proclamação de 1998.

³⁴ Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, Marcos da Silva Porto, “Direito do Trabalho e direitos humanos na sociedade pós-industrial: a afirmação histórica da dignidade humana nas relações de trabalho”, in *Revista ANAMATRA*, Brasília, ANAMATRA, outubro/2003, n. 45, p.27.

O primeiro princípio/direito (liberdade sindical e negociação coletiva), assim como o último (não-discriminação), estão atrelados aos direitos de segunda geração e aos interesses coletivos “*stricto sensu*”. Os outros dois estão ligados aos direitos de terceira geração e aos interesses difusos. Os três últimos têm reflexos evidentes nos direitos de primeira geração da classe trabalhadora (vida, integridade física e psíquica, honra, etc.), o que corrobora uma assertiva anterior: a *interdependência* é uma das características mais eloqüentes dos direitos fundamentais. A Declaração avançou pouco em relação aos direitos trabalhistas de quarta (e quinta) geração, quando poderia tê-los proclamado enfaticamente. Mas o rol em testilha evidentemente não é *taxativo*, nem tampouco *exauriente*. E os padrões deontológicos que a Declaração subministra já permitem entrever em variegadas hipóteses, com grande clarividência, quando se está diante de uma violação aos direitos fundamentais da pessoa trabalhadora. Detectada a lesão ou ameaça, a *consciência da opressão* tende a precipitar, por si só, o emprego dos meios processuais adequados para a repressão, correção ou prevenção.

A Justiça do Trabalho obviamente tem um papel fundamental a desempenhar na reversão daquele lastimoso estado de coisas. Isso explica, aliás, porque o tema do XII CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), que se realizou em maio de 2004 (Campos de Jordão), foi a “*Afirmação e resistência: o trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos*”. É notória a preocupação da magistratura trabalhista e das suas associações de classe com a “*vexata quaestio*” da secundarização da tutela dos direitos fundamentais nos dissídios individuais e coletivos (menos por razões dogmáticas do que pela cultura da monetização das lesões).

Mas, afinal, quais são os meios processuais adequados para a tutela desses direitos fundamentais?

O engenho do jurista e, mais raramente, a própria legislação têm oferecido instrumentos mais ou menos adequados para esse gênero de salvaguardas. Vejamos.

IV. TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

4.1. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E COLETIVAS. DANO MORAL COLETIVO

No limiar do século XXI, o Direito universal ressentiu-se da necessidade de instrumentos processuais que favorecessem **tutelas coletivas**, paralelamente aos instrumentos históricos de tutela processual dos direitos individuais (que estão radicados nas concepções individualistas do liberalismo do século XVIII). Nesse enalço, também a legislação brasileira se modernizou.

No Brasil, os mais formidáveis instrumentos para a tutela coletiva dos direitos fundamentais da pessoa humana trabalhadora — tanto no que concerne aos direitos de

primeira geração (notadamente se *enfeixados* — interesses individuais homogêneos), quanto no que atine aos direitos de segunda geração (que, enfeixados, configuram interesses coletivos “*stricto sensu*”) e aos de terceira geração (interesses difusos), são as **ações civis públicas e coletivas**. Esses institutos inspiraram-se nas “*public interest actions*” e nas “*class actions*” norte-americanas — essas últimas espelham-se melhor nas ações civis coletivas — e foram introduzidos no Brasil pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.07.1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990), respectivamente.

A esse respeito, interessa desde logo distinguir e definir, com base no direito positivo vigente, as três classes de **interesses coletivos “*lato sensu*”** (artigo 81 do CDC). Empregamos tal expressão para designar o gênero dos interesses perseguidos em ações coletivas, já que a tendência atual da doutrina é a de empregar a expressão “transindividual” apenas para os interesses difusos e coletivos “*stricto sensu*” (sem incluir, portanto, os interesses individuais homogêneos).

Nos termos do artigo 81 do CDC, os interesses coletivos “*lato sensu*” podem ser:

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** [titulares **indeterminados** e **indetermináveis**; *e.g.*, direito da Humanidade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado];

II - interesses ou direitos coletivos [“*stricto sensu*”], 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** [titulares em geral **indeterminados**, porém **determináveis**; *e.g.*, direito dos metalúrgicos a um reajuste salarial];

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de **origem comum** [titulares em geral **determinados de plano**, ou ao menos **determináveis**].

Diz-se haver **ação civil pública** quando o interesse sob tutela processual é um interesse coletivo “*stricto sensu*” ou um interesse difuso. De outra parte, fala-se em **ação civil coletiva** (artigo 91 do CDC) quando a tutela processual favorece interesses individuais homogêneos³⁵.

Na verdade, as ações que perseguem individuais homogêneos postos no processo do trabalho são as tradicionais **reclamações plúrimas** (com a diferença de que, a partir de 1990, podem agir pelos trabalhadores todos os entes legitimados no artigo 82, I a IV, do CDC, e 5º da LACP — inclusive **sindicatos**, nos limites do artigo 5º, I e II, da

³⁵ Cfr. Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos (Ação Civil Pública)*, São Paulo, LTr, 1998, n. 23, p.19.

LACP). Logo, o Ministério Público do Trabalho está legitimado a demandar judicialmente em favor de interesses individuais homogêneos, notadamente se **indisponíveis** (como será o caso, sempre que o objeto da tutela forem direitos humanos fundamentais do trabalhador, em vista da própria irrenunciabilidade desses direitos), ou ainda quando “*estes últimos, a despeito de serem individuais, assumirem, no seu conjunto, feição coletiva, cuja violação poderá acarretar grave perturbação à ordem jurídica estabelecida (Constituição Federal, art. 127)*”³⁶.

Embora constantes de um diploma específico (CDC), os critérios de classificação dos interesses juridicamente relevantes são aplicáveis a quaisquer outros ramos do Direito (como, *e.g.*, no Direito e no Processo do Trabalho). Note-se que a classificação dos direitos e interesses³⁷ normalmente não se faz *ontologicamente* (= pela essência primeira), mas *instrumentalmente*, i.e., conforme o **tipo de tutela jurisdicional** que se pede. Exemplo eloquente disso nos é dado por NELSON NERY JR., que hipoteticamente identificou quatro possibilidades distintas de ações e interesses no caso *Bateau Mouche IV*, a saber,

interesse individual (pretensão de indenização de uma das vítimas, em ação ordinária de perdas e danos), individual homogêneo (pretensão de indenização a favor de todas as vítimas, em ação ajuizada por entidade associativa), coletivo (pretensão de obrigação de fazer, em ação coletiva movida por associação das empresas de turismo, com vistas à manutenção da boa imagem do segmento econômico local) ou difuso (tutela da vida e da segurança das pessoas em geral, mediante ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público para interditar a embarcação e evitar novos acidentes)³⁸.

Acresça-se, quanto à utilidade das ações civis públicas e coletivas na Justiça do Trabalho, que o grau de **efetividade** e de **plasticidade** emprestado por essas ações à tutela jurídico-processual dos direitos fundamentais da pessoa humana trabalhadora não tem precedentes ou equivalentes no caso brasileiro. Isso porque:

(a) diante da redação aberta do artigo 3º da LACP e da referência à ação civil pública cautelar no artigo 4º do mesmo diploma, é cediço que as ações civis públicas e coletivas são idôneas à provocação de *quaisquer espécies* de provimentos jurisdicionais: declaratórios, constitutivos, condenatórios à obrigação de pagar (artigo 3º, 1ª parte) ou de fazer (artigo 3º, *in fine*, e artigo 11), mandamentais ou ainda *cautelares* (artigo 4º);

³⁶ *Idem, ibidem.*

³⁷ Tecnicamente, há que distinguir entre *direitos* e *interesses*, embora a legislação brasileira não o faça adequadamente e a doutrina costume divisar sinonímia entre as expressões. Em Portugal, o Código Civil em vigor (Decreto-Lei n. 47.344, de 25.11.1966) tratou de explicitar a tutela jurídica em ambos os casos, consignando, em seu artigo 483º, 1 («Princípio geral»), que “*aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente no direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*” (g.n.).

³⁸ Cfr. Nelson Nery Jr., “O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos — Um Estudo sobre a Ação Civil Pública Trabalhista”, in *Revista LTr*, São Paulo, LTr, 2000, v. 64. n. 02, pp.151-160. Cfr. ainda, do mesmo autor, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp.55-56.

(b) em função dessa versatilidade, as ações civis públicas e coletivas prestam-se ainda à obtenção judicial de *declarações de nulidade* (efeito declaratório) e de *anulações* (efeito desconstitutivo) de cláusulas de acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho, sempre que tais cláusulas contravierem normas de interesse público ou prejudicarem direitos humanos fundamentais dos trabalhadores³⁹;

(c) os *sindicatos* estão legitimados à propositura de ações civis públicas e coletivas (desde que, no caso das primeiras, estejam regularmente constituídos há pelo menos um ano, nos termos da lei civil — artigo 5º, I, da LACP⁴⁰), tratando-se de legitimidade *concorrente* (logo, não excludente) que está acometida também ao Ministério Público do Trabalho⁴¹ e aos entes da Administração (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, estatais e fundações públicas⁴²);

(d) antes mesmo da Lei 8.952/94 (que introduziu, no artigo 273 do CPC, um modelo geral de antecipação dos efeitos da tutela de mérito), a LACP já ensejava a *concessão liminar* de decisões antecipatórias dos efeitos da sentença de mérito, com ou sem justificação prévia, a exemplo do próprio mandado de segurança (cfr. artigos 12 da LACP e 7º, II, da Lei 1.533/51);

(e) as ações civis públicas e coletivas também admitem, em tese, controle difuso de constitucionalidade na base de dispositivos com efeitos “*erga omnes*” (artigo 16 da Lei 7.347/85) ou “*ultra partes*” (artigo 91 do CDC c.c. artigo 21 da Lei 7.347/85), a depender do interesse tutelado (o que os aproxima, em alguma medida, dos efeitos dimanados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que é privativo do Supremo Tribunal Federal)⁴³;

³⁹ Possibilidade que, todavia, não é pacífica. Doutrina e jurisprudência respeitáveis têm entendido que as ações cabíveis em tais casos seriam, mesmo, as ações *anulatórias* e *de nulidade* (individuais ou plúrimas), sem natureza de ação civil pública. Nesse sentido, confira-se, na doutrina, Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso de Processo do Trabalho...*, pp.38-39 ; na jurisprudência, ac. TST, RO, ACP 32.961., Ac. SDC 359/97.

⁴⁰ Tese ampliativa aponta mesmo para a *desnecessidade* da constituição da entidade sindical há pelo menos um ano, já que se trata de *substituição processual* — artigo 6º do CPC — que, nos termos do artigo 8º, III, da CRFB, não sofreria nenhum condicionamento (idéia que, aliás, inspirou o *cancelamento* da Súmula n. 310 do C.TST pela Resolução n. 119/2003). Entendendo tratar-se de substituição processual, cfr., por todos, Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso de Processo do Trabalho...*, pp.16-17.

⁴¹ Cfr. artigo 5º, *caput*, da LACP e artigo 83, III, da Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993.

⁴² Cfr. artigo 5º, *caput*, da LACP.

⁴³ A respeito desse tema, o STF decidiu, em caso concreto, que a ação civil pública não poderia usurpar a competência originária do Excelso Pretório; na hipótese julgada, “a ação civil pública [...] tem [tinha] por objeto a declaração de incompatibilidade com a Carta da República, para o âmbito de uma das unidades federadas, da lei cuja constitucionalidade está sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal em ação de sua competência originária” (Recl. MC 1414/BA, rel. Min. Ilmar Galvão, 28.02.2000). O aresto esboçava uma tendência do STF, na composição de antanho, em rechaçar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade atrelado a decisões com efeitos “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”. Nada obstante, compreendemos, com ORIONE, que não há qualquer objeção de princípio, porque “no controle concentrado, há declaração de inconstitucionalidade (ADIs) ou constitucionalidade (ADCs). Esta declaração integra o próprio dispositivo da sentença, transitando em julgado. A mesma coisa não se dá com o controle difuso mesmo o exercido na ação civil pública. Aqui, o juiz apenas analisa, na fundamentação, a questão da inconstitucionalidade, para, então, condenar, declarar ou desconstituir a relação jurídica, a partir daquelas razões. Portanto, o juiz não declara a inconstitucionalidade no controle difuso — ainda que realizado por meio de ações civis públicas. Por outro lado, em relação à

(f) as ações civis públicas e coletivas são particularmente idôneas à demanda de indenização pelos chamados **danos morais coletivos**, que amiúde se verificam nos supostos de violação multitudinária de direitos fundamentais da pessoa trabalhadora (terceirizações e quarteirizações fraudulentas, “coopergatos”, agronegócios baseados em trabalho escravo contemporâneo, etc.).

Esse derradeiro item merece algum estudo adicional.

Em se tratando de ações civis públicas, tem-se entendido que as indenizações correspondentes devem reverter para o F.A.T. (Fundo de Amparo ao Trabalhador). A prevalecer essa tese, convirá projetar e ultimar, no plano legislativo, uma *gestão regionalizada* do F.A.T., visando a que as compensações financeiras dos danos morais coletivos favoreçam *precisamente* a comunidade atingida; ou, alternativamente, valeria engendrar *fundos específicos de âmbito local*, diversos do F.A.T., destinados à gestão e à aplicação dos recursos arrecadados com as indenizações para o incremento socioeconômico direto das populações vitimadas. Observe-se que já existe um mecanismo semelhante no cenário legislativo nacional: em se tratando de violação aos direitos e interesses da infância e da juventude, os valores das multas (e, com mesma razão, os das indenizações por danos morais coletivos) devem reverter ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município (artigo 214, *caput*, do ECA), que os aplicará em benefício da comunidade afetada.

A reversão aos fundos é o único equacionamento possível quando se trata de salvaguardar interesses difusos ou coletivos “*stricto sensu*”, nos quais a titularidade é sempre **indeterminada**. Já no caso das ações civis coletivas em matéria trabalhista (= interesses individuais homogêneos), parece-nos mais apropriado que as indenizações pelos danos morais coletivos revertam *em favor das pessoas prejudicadas* (os trabalhadores), mediante distribuição proporcional que observe, em sede de liquidação, as necessidades e/ou os danos sofridos por cada titular determinado. Não tem sido esse, porém, o entendimento dominante.

fundamentação, não há coisa julgada, sendo que esta abrange apenas a parte dispositiva. Logo, não [se] verifica a tal concorrência indevida ou espúria, podendo a questão, a qualquer tempo, ser analisada em controle concentrado pela Suprema Corte” (Marcus Orione Gonçalves Correia, *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*, São Paulo, LTr, 2002, p.125 — g.n.). Noutras palavras, os efeitos “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” não se referem à constitucionalidade em tese, mas ao provimento (des)constitutivo, condenatório, mandamental ou cautelar, ou mesmo ao provimento declaratório; e, ainda nesse último caso, o conteúdo do provimento jamais poderá ser de afirmação ou negação de constitucionalidade. O controle difuso estará na **base** do provimento, mas não o integra ou compõe, razão pela qual não transita em julgado e nem tem os efeitos próprios do artigo 16 da LACP ou do artigo 91 do CDC. É claro que, em casos extremos, há o risco de se deflagrarem contradições práticas incontornáveis (assim, *e.g.*, se a sentença prolatada na ação civil pública desconstituir com efeitos “*erga omnes*” determinada relação jurídica, ante a suposta *inconstitucionalidade* do ato normativo que as precipitou, e o STF ao depois se pronunciar, nos autos de ADC, pela sua *constitucionalidade*...). Para casos desse jaez, “*o ideal seria o sobrestamento da ação civil pública até julgamento da ADIN ou ADC*” (Orione, *op.cit.*, p.126); trata-se, porém, de questão de boa política judiciária e não de usurpação de competências constitucionais.

Aduza-se que a tese dos *danos morais coletivos* e da sua monetização têm merecido ampla aceitação na jurisprudência pátria, mormente nos casos de trabalho escravo contemporâneo e de trabalho infanto-juvenil proibido. Veja-se, por todos:

TRABALHO EM CONDIÇÕES SUBUMANAS. DANO MORAL COLETIVO PROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Uma vez provadas as irregularidades constatadas pela Delegacia Regional do Trabalho e consubstanciadas em Autos de Infração aos quais é atribuída fé pública (artigo 364 do CPC), como também pelo próprio depoimento da testemunha da recorrente, é devida a indenização por dano moral coletivo, vez que a só notícia da existência de trabalho escravo ou em condições subumanas no Estado do Pará e no Brasil faz com que todos os cidadãos se envergonhem o sofram abalo moral, que deve ser reparado, com o principal objetivo de inibir condutas semelhantes. Recurso improvido⁴⁴.

É, de fato, como pensamos. Fracassada a prevenção (prioritária em todo caso), é melhor que a repressão judicial tenha efeitos consistentemente pedagógicos.

4.2. O «HABEAS DATA» E AS AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, passou a ser da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de

mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (artigo 114, IV, da CRFB — *g.n.*).

Os mandados de segurança há muito já eram impetrados no âmbito da Justiça do Trabalho, às raias da habitualidade (conquanto raramente em primeira instância⁴⁵). O

⁴⁴ Ac. n. 00218/2002/114-08-1 (TRT/PA, 1ª T., RO n. 4453/2003).

⁴⁵ Isso porque a CLT, em seus artigos 652 e 653, não atribuía expressa competência aos órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho para julgar o “*mandamus*”. No pensamento dominante, as razões dessa omissão seriam “*lógicas e, de certa forma, evidentes: se for coatora alguma autoridade vinculada à administração (federal, estadual ou municipal), à legislatura (idem), ou à organização judiciária que não seja a do Trabalho, a incompetência desta Justiça especializada chega a ser ofuscante, devendo ser mencionado, no caso de a autoridade coatora ser federal, o art. 109, VIII, da Constituição da República, que comete a competência aos juízes federais; se a autoridade coatora for efetivamente da Justiça do Trabalho, haverá, mesmo assim, incompetência das Juntas de Conciliação e Julgamento em virtude da hierarquia, pois se dita autoridade for de primeiro grau a competência será do Tribunal Regional; se de segundo ou de terceiro graus, a competência para apreciar a ação de segurança será do Tribunal Superior do Trabalho*” (Manoel Antonio Teixeira Filho, *Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho: Individual e Coletivo*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1994, p.179). Contra essa tese, pronunciaram-se vozes isoladas da doutrina. Cfr., por todos, José Roberto Dantas Oliva, *Tutela de Urgência no Processo do Trabalho*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp.123-125 (convergindo para a nossa própria posição). Após a EC 45/2004, ante a referência indiscriminada aos mandados de segurança (artigo 114, IV) e a nova competência para causas de Direito Administrativo sancionador (artigo 114, VII), tornou-se

“*habeas corpus*”, por sua vez, tinha previsão em diversos regimentos internos de tribunais do trabalho⁴⁶, a despeito das variegadas objeções de inconstitucionalidade⁴⁷. Diante disso, a competência para processar e julgar “*habeas data*” foi, dentre todas, a mais inusitada⁴⁸. Em que hipóteses o cidadão haveria de impetrar “*habeas data*” para questionar atos relativos à matéria trabalhista?

A função constitucional do “*habeas data*” é proteger a esfera privada dos indivíduos contra os usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos, contra a introdução de dados sensíveis nesses registros (como os de cunho racial, opinião política ou filosófica, orientação sexual, fé religiosa, filiação partidária e sindical, etc.) e, ainda, contra a *conservação de dados errados ou com fins diversos dos autorizados em lei*⁴⁹ (o que tem especial relevo para o exercício útil da jurisdição laboral, como se dirá). Na origem do “*habeas data*” está, portanto, o **direito de conhecer** e de **retificar** os dados pessoais constantes de registros e bancos de dados de entidades governamentais (i.e., órgãos da administração direta e indireta) e de outras entidades de caráter público (instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestam serviços de interesse público ou o fazem para o público: concessionárias, permissionárias, serviços de proteção ao crédito, firmas de assessoria e fornecimento de malas diretas, etc.⁵⁰).

induidoso o cabimento de mandados de segurança *também* em primeira instância. Suponha-se, e.g., que o empregador pretenda impetrar o *writ* para prevenir ou fazer cessar violação a um seu direito líquido e certo, provocada por gestões ilegais do agente da fiscalização. Tratando-se de ato de autoridade administrativa, o impetrante deverá fazê-lo em primeira instância, no juízo trabalhista “*da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado [ou Região], observados os princípios constitucionais e legais pertinentes*” (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p.51).

⁴⁶ Cfr., por todos, o artigo 184, IV, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, tal como aprovado pela Resolução Administrativa n. 908/2002: “*Impetrado o **habeas corpus**, o Relator requisitará informações do apontado coator, no prazo que fixar, podendo, ainda [...] no **habeas corpus** preventivo, expedir salvo-conduto a favor do paciente, até decisão do feito, se houver grave risco de consumir-se a violência*”.

⁴⁷ Cfr., e.g., STF, CJ n. 6.979-1/DF, rel. Min. Ilmar Galvão: “*Sendo o habeas corpus, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será sempre do juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença*”. Assim, a competência para o processo e o julgamento de “*habeas corpus*” impetrado contra ato de juiz do Trabalho sempre seria, nessa perspectiva, do Tribunal Regional Federal com jurisdição na comarca ou circunscrição da autoridade coatora.

⁴⁸ Como fora inusitada, antes, a própria positivação do instituto, com o advento da Constituição Federal de 05.10.1988. O Direito comparado registrava remédios semelhantes, mas com outras nomenclaturas, e todos muito recentes: assim, e.g., no artigo 35º da Constituição de Portugal (1976), no artigo 105, “b”, da Constituição da Espanha (1978) e no *Freedom of Information Reform*, dos Estados Unidos da América (1978). Na Argentina, o “*habeas data*” foi introduzido na revisão constitucional de 1994, como modalidade de “*acción expedita y rápida de amparo*” (artigo 43).

⁴⁹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pp.396-397 (com supedâneo no escólio de FIRMÍN MORALES PRATS, da Universidade de Barcelona).

⁵⁰ *Idem*, p.398. Consoante o artigo 1º, par. único, da Lei n. 9.507/1997, “*considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações*”.

Mas esse direito não está adstrito à questão da privacidade/intimidade da pessoa humana (direitos de primeira geração), como sustentavam os primeiros autores. Vai mais além da esfera privada individual, concorrendo para a consolidação dos regimes políticos democráticos. Está em causa, por conseguinte, o próprio **direito de informação** “*a se*” — direito que, imantado pelos desdobramentos da globalização econômica e da preeminência dos meios de comunicação, já é alçado à categoria de direito fundamental de *quarta geração* (*supra*). Sonegado, pode ser satisfeito com a impetração, pelos interessados, do remédio do “*habeas data*” (artigo 5º, LXXII), que está entre as *garantias individuais* da Constituição da República de 1988 (ao lado do direito de petição, do mandado de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção e da ação popular⁵¹).

E há mais. Amiúde, não se trata **somente** do direito de informação. A seu reboque vêm outros direitos, de primeira, segunda ou terceira geração, cuja preservação supõe e reclama o conhecimento das informações ou a retificação dos dados pessoais. No caso da ação civil pública movida pelo sindicato contra a refinaria (*supra*), o direito à informação era instrumental em relação ao direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida dos trabalhadores (artigo 225, *caput*, da CRFB) — direito de *terceira geração*, quando se manifesta como interesse difuso.

Dir-se-á, porém, que casos como aquele são pouco frequentes, o que torna marginal a função do “*habeas data*” na Justiça do Trabalho. A premissa é verdadeira; a conclusão, porém, é falsa. Há uma outra casuística, das mais encontradiças nas Varas e Tribunais do Trabalho, que envolve a **retificação de dados pessoais perante entidade governamental** — o Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal) — a bem de um direito fundamental de *segunda geração*, a saber, o **direito à previdência social** e seus consectários (artigos 6º, 7º, XXIV, e 201, todos da CRFB). E esse *direito de retificar*, inerente a toda pessoa que se vê diante da conservação ou circulação de informações pessoais falsas (= *direito à verdade sobre si próprio*), exsurge agora especialmente menoscabado, no que diz com o trabalhador, à mercê da nova redação da Súmula n. 368 do C.TST. Vejamo-la:

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO.

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. **A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.**

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial,

⁵¹ Chamados, como o próprio “*habeas data*”, de **remédios constitucionais**, i.e., “meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando [a] sanar, corrigir ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais” (*idem*, p.386). À exceção do direito de petição, todos os demais remédios provocam necessariamente o exercício da atividade jurisdicional e, por isso, são também conhecidos como **ações constitucionais**.

devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46, e Provimento da CGJT nº 03/2005.

III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Lei nº 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição⁵².

E, agora, expliquemo-nos.

Em face do que dispõe o artigo 55, §3º, da Lei 8.213/91⁵³, os efeitos previdenciários das sentenças trabalhistas que reconheçam vínculo empregatício sempre foram pífios, senão frustrantes. Sob a égide da EC n. 20/98, exauriam-se no aspecto do **custeio**: o empregador estava obrigado a recolher as contribuições sociais incidentes sobre os créditos trabalhistas a que fora condenado (desde que constituíssem salário-de-contribuição) e, para mais, deveria ainda recolher as contribuições sociais incidentes sobre os salários e títulos salariais *já pagos* ao tempo da demanda (assim, *e.g.*, as contribuições incidentes sobre cada um dos salários pagos, observados os prazos dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91). Quanto a esse último recolhimento, deflagrou-se acesa polêmica entre juristas, advogados e julgadores: estaria cometido a qual juízo?

De nossa parte, sempre sustentamos que as contribuições sociais incidentes sobre os salários-de-contribuição quitados extrajudicialmente, mas como tal reconhecidos em provimento judicial declaratório de juiz trabalhista, seriam igualmente exequíveis na Justiça do Trabalho, *ut* artigo 114, §3º, da CRFB (antes da EC n. 45/2004)⁵⁴. Como era de se esperar, o Governo Federal acabou por sufragar essa interpretação (artigo 276, §7º, do Decreto n. 3.048/99, na redação do Decreto n. 4.032/2001⁵⁵).

Ocorre que, à vista do precitado artigo 55, §3º, da Lei 8.213/91, o tempo de serviço (= tempo de emprego) reconhecido pela autoridade competente (i.e., o juiz do

⁵² A atual Súmula n. 368 do C.TST resulta da conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 32, 141 e 228 da SDI-1. O inciso I, por sua vez, foi recentemente alterado pela Resolução n. 138/2005 (DJ 22.11.05). São nossos os grifos nesse inciso.

⁵³ Artigo 55, §3º: “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em **início de prova material**, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (g.n.).

⁵⁴ Guilherme Guimarães Feliciano, *Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2002, pp.74-79.

⁵⁵ Artigo 276, §7º: “Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas [sic] na ação, tomando-se por base de incidência, na ordem, o valor da remuneração paga, quando conhecida, da remuneração paga a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante, do salário normativo da categoria ou do salário mínimo mensal, permitida a compensação das contribuições patronais eventualmente recolhidas” (g.n.).

Trabalho), se baseado em provas *exclusivamente testemunhais*, não era reconhecido pelo INSS para efeitos de aposentadoria ou de quaisquer outros **benefícios** da previdência social. Afinal, faltava o “início de prova material” exigido nas justificações judiciais e administrativas. Noutras palavras, o Poder Judiciário reconhecia o **tempo de serviço**, oportunamente declarado por quem de direito, e providenciava o **tempo de contribuição**, na proporção correspondente (em face das execuções previdenciárias levadas a bom termo pelos juízes trabalhistas, com recolhimentos em favor dos cofres do INSS). Nada obstante, eram baldadas as legítimas expectativas sociais que assim se criavam: apesar do tempo reconhecido e dos esforços de custeio, os órgãos da administração autárquica *negavam* — como ainda negam — as prestações e os serviços de previdência social ao trabalhador, em reverência à letra fria da Lei de Benefícios. Nada poderia ser mais antitético e desolador.

Diante desse quadro, o Tribunal Superior do Trabalho optou pelo caminho mais fácil: render-se à obstinada resistência dos burocratas. Modificou a Súmula n. 368 para consignar a *tese oposta*: não caberia executar, na Justiça do Trabalho, as contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas no período de vínculo empregatício declarado em juízo⁵⁶. O DD. Presidente do TST, Min. VANTUIL ABDALA, chegou a justificar publicamente a alteração (baseada em estudo do Min. SIMPLICIANO FERNANDES), ponderando que “*trata-se de uma injustiça com o trabalhador e um despropósito a Justiça do Trabalho garantir a arrecadação do tributo sobre o dinheiro do trabalhador, que não tem a contagem de tempo reconhecida para a aposentadoria e fica sem os próprios valores recolhidos*”⁵⁷. Mas a Corte andou mal, “*permissa venia*”.

A uma, o esforço sumular não tem o condão de espancar a interpretação conforme a Constituição. Embora a Lei 10.035/2000 refira-se apenas à execução dos créditos previdenciários decorrentes de condenação ou homologação de acordo (artigo 876, par. único, da CLT), é certo que a Constituição da República não fez essa distinção, antes (artigo 114, §3º) ou depois (artigo 114, VIII) da EC n. 45/2004. Ao contrário, a “*Lex legum*” estende a competência da Justiça do Trabalho à execução de todas as contribuições sociais decorrentes das *sentenças* que proferir, sem discriminar entre os tipos possíveis (e “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”). Consequentemente, se quisermos fazer uma *interpretação conforme* do artigo 876, par. único, da CLT (“*verfassungskonforme Auslegung*”), haveremos de palmilhar a teoria das cargas das sentenças (PONTES DE MIRANDA) e entender que a referência legal à «condenação» quer significar «sentença com carga condenatória», qualquer que seja ela (porque das sentenças absolutórias jamais dimanam quaisquer deveres tributários) — inclusive as sentenças meramente declaratórias com condenação em custas⁵⁸. Do

⁵⁶ Antes da Res. 138/2005, o inciso I da Súmula n. 368 estabelecia que “*A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS, objeto de acordo homologado em juízo*” (g.n.). Convergia-se, portanto, para o disposto no artigo 276, §7º, do Decreto n. 3.048/99.

⁵⁷ Cfr. “*Notícias do Tribunal Superior do Trabalho*”, 10.11.2005. In: http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=5920&p_cod_area_noticia=ASCS (acesso em 21.12.2005).

⁵⁸ Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, *Execução das contribuições sociais...*, pp.78-79.

contrário, a exegese do preceito conduzi-lo-á à inconstitucionalidade onde limita, “*ex propria auctoritate*”, uma competência genuinamente constitucional.

A duas, a solução mais justa e técnica é, decerto, a mais vanguardeira: encontrar nas novas competências da Justiça do Trabalho a panacéia para esse dilema. Sem capitular. E é lá, no inciso LXXII, “*b*”, do artigo 5º da CRFB, que vamos localizá-la. A pretensão em causa é a de **retificar dados pessoais** que a administração autárquica insiste em conservar defasados, apesar do provimento judicial competente; trata-se, pois, de questionar um ato administrativo “*lato sensu*” (mais precisamente, uma *omissão administrativa*) que envolve matéria sujeita à competência da Justiça do Trabalho (a saber, a existência ou não do vínculo empregatício e, conseqüentemente, a condição de segurado obrigatório da previdência social⁵⁹, recebedor de salário-de-contribuição⁶⁰). Perante tais pressupostos, o remédio constitucional cabível é “*de per se*” evidente: deverá o interessado, autor na ação reclamatória trabalhista, **impetrar ação de “habeas data”**, com espeque nos artigos 5º, LXXII, “*b*” da CRFB e 7º, II, da Lei 9.507, de 12.11.1997, para fazer corrigir os dados mantidos em erronia e assegurar todos os efeitos previdenciários positivos do provimento declaratório e do conseqüente custeio. Para tanto, bastará fazer a prova de que o INSS recusou-se, em instância administrativa, a averbar a contagem do tempo de serviço declarado em sentença irrecorrível, ou que deixou de fazê-lo no prazo de quinze dias a contar do requerimento (artigo 8º, par. único, II, da Lei n. 9.507/97). Recebido o “*habeas data*”, seguirá — com adaptações⁶¹ — o rito da própria Lei n. 9.507/97 (artigos 8º a 16), que também regula o direito de acesso a informações no Brasil.

Poderia o juiz do Trabalho conceder, de ofício, a ordem de “*habeas data*”?

Pensamos que não. Em primeiro lugar, não há previsão constitucional ou legal para tanto, ao contrário do que ocorre com o “*habeas corpus*” (artigo 654, §2º, do CPP); nem tampouco o direito fundamental sob tutela tem a dignidade constitucional da liberdade corporal-espacial (tanto que o artigo 19 da Lei 9.507/97, ao estabelecer a prioridade processual do “*habeas data*”, ressalva, nessa ordem, as ações de “*habeas corpus*” e os mandados de segurança). Em segundo lugar, conceder de ofício uma ordem de “*habeas data*” para constranger o INSS a averbar, nos registros do reclamante, o tempo de serviço reconhecido em sentença é temerário, na medida em que a sentença pode ser anulada ou reformada, se houver recurso da reclamada. Apenas excepcionalmente, havendo risco sério na demora (*e.g.*, invalidez aliada à penúria), o reclamante poderia obter, *cautelamente* (artigos 798-799 do CPC), uma averbação de tempo que precedesse o trânsito em julgado da sentença. Em terceiro, não se justifica, à luz do princípio da proporcionalidade, sacrificar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (artigo 5º, incisos LV e LVI, da CRFB), que são pilares do Estado

⁵⁹ Artigo 12, I e II, da Lei 8.212/91.

⁶⁰ Artigo 28, I e II, da Lei 8.212/91.

⁶¹ Assim, *e.g.*, não é de se exigir que a petição inicial preencha todos os requisitos dos artigos 282 a 285 do CPC (artigo 8º, *caput*, da Lei 9.507/97); parece-nos bastar que, na esteira do processo trabalhista de rito comum (ordinário, sumário, sumaríssimo), estejam atendidos os pressupostos mais amenos do artigo 840, §1º, da CLT. Já a alternativa da oralidade (artigo 840, §2º) assemelha-se-nos, “*in casu*”, fora de cogitação.

Democrático de Direito, para assegurar imediatamente um direito de retificação passível de exercício “*a posteriori*”, sem maiores prejuízos para quaisquer das partes interessadas. Já o contrário — autorizar ou determinar a averbação imediata do tempo de serviço/contribuição nos registros do INSS, intimando-o a que simplesmente faça cumprir — é estender os efeitos do julgado a quem não é parte (violando a norma do artigo 472 do CPC) e empenhar, sem contraditório ou ampla defesa, um patrimônio que, ao cabo e ao fim, não pertence ao INSS (gestor), mas à coletividade: beneficiários, segurados, assistidos, etc⁶².

⁶² Há, porém, outras teses, que vão além da mera possibilidade de concessão de ofício do “*habeas data*” para averbação de tempo e chegam mesmo a admitir a condenação direta do INSS, na sentença trabalhista, a pagar determinado benefício. Veja-se, a respeito, a belíssima sentença prolatada na 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, no segundo semestre de 2005, pelo eminente juiz JORGE LUIZ SOUTO MAIOR: “Assim, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 18, §1º, da Lei n. 8.213/91, na parte em que exclui do empregado doméstico o direito à recepção dos benefícios acidentários, incluindo a não exigência de carência, declaro o direito da reclamante a receber o auxílio-doença acidentário desde 17 de março de 2005, quando, comprovadamente, acidentou-se no trabalho. Chega-se, portanto, a questão intrincada dos efeitos jurídicos dessa declaração: Ela vincula o órgão previdenciário? Este juízo é competente para declarar tal direito? Em uma análise apressada vai se dizer que: primeiro, a questão foge da competência da Justiça do Trabalho, pois se trata de uma questão previdenciária; e, segundo, a decisão, mesmo se competente o juízo, não vincularia o órgão previdenciário, visto que ele não participou da relação jurídica processual em que a declaração foi proferida. Mas, diante do que dispõe a EC n. 45, o resultado não pode ser este. Lembre-se, inicialmente, que a Justiça do Trabalho é competente para cobrar as contribuições previdenciárias que decorrem de sua decisão. Ora, esta competência inquestionável da Justiça do Trabalho, gera um benefício ao INSS, que não mais precisa valer-se de um processo administrativo para constituição do executivo fiscal, para cobrar seu crédito. Vale-se da decisão judicial e dos próprios autos para exigir seu direito, que, aliás, nos termos da previsão legal trabalhista, executa-se mesmo «*ex officio*», ou seja, sem o impulso do ente previdenciário, que, no fundo, acaba apenas verificando se a contribuição foi integralmente recolhida. Ora, se a idéia, para negar direitos, é a comutatividade, ou seja, se não há benefício sem contribuição, por via de ordem lógica, não se pode conceber o direito a arrecadar sem a contrapartida da obrigação da concessão dos benefícios correspondentes. E, se a arrecadação se vale da via judicial para haver seus direitos, não se pode imaginar que o contribuinte tenha que ser forçado a buscar, primeiro, a via administrativa para haver seus direitos correspondentes, onde, como a realidade demonstra, sua condição de ser humano é, em geral, negada, para somente depois ingressar com ação própria na Justiça Federal para tanto, suportando novo e tormentoso caminho processual (que pode incluir o martírio do precatório). Chegar a esta conclusão é retomar o Estado absolutista, que não conferia ao cidadão um direito que pudesse exercer contra o próprio Estado. O Estado de Direito, na teoria, é a reversão dessa ordem, mas, infelizmente, na prática, o Estado pode tudo e o cidadão que sofra nas raías da burocracia criada pelo próprio Estado para inviabilizar que o cidadão o atinja. **Como integrante de um órgão estatal, democrático e acessível, como é a Justiça do Trabalho, não me imagino participando desta farsa e este, aliás, é o grande benefício que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pode trazer para a sociedade: o de fazer com juízes (os trabalhistas) que têm bem nítida a importância dos princípios dos direitos sociais sejam chamados a interpretar e aplicar leis cujo objetivo parece ter sido o de negar vigência aos direitos humanos.** Assim, decorrendo da controvérsia fática existente nos autos alguma contribuição previdenciária (mesmo da declaração da relação de emprego) esta Justiça do Trabalho é competente para a sua cobrança, em prol do INSS. Mas, conseqüentemente, no caso de advir desses mesmos fatos algum direito previdenciário (como, por exemplo, a contagem do tempo de serviço, ou melhor, o tempo de contribuição), este pode e deve ser declarado e exigido do INSS, nos mesmos autos em que se obrigou o pagamento da contribuição previdenciária. Em suma, ao quererem fazer da Justiça do Trabalho um órgão arrecadador terão, em contrapartida, como efeito, a atuação social da Justiça do Trabalho que é, ademais, sua verdadeira vocação. Desse modo, **determino que o INSS pague à reclamante seu benefício previdenciário, auxílio-doença acidentário, a partir de 17 de março de 2005, no prazo de 05 (cinco) dias, por se tratar de verba de natureza alimentar, sob pena de seqüestro da quantia correspondente. Intime-se o INSS local, por Oficial de Justiça, para o fim em questão**” (g.n.).

4.3. INVERSÕES DO ÔNUS DA PROVA

Nem todos os expedientes processuais tuitivos dos direitos humanos fundamentais da pessoa trabalhadora têm natureza de *ação* ou *recurso*. Há também fenômenos procedimentais que participam do mesmo desiderato. Desses, o mais notório é a *inversão motivada do ônus da prova*.

A esse respeito, interessa desde logo isolar as quatro classes de ações em que o mecanismo se impõe. São elas:

- (a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho);
- (b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico;
- (c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho);
- (d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (“*mobbing*”).

O primeiro grupo de ações abrange, como visto, os casos de discriminação no mundo do trabalho. Talvez sejam, mesmo, os mais numerosos. Mas o sistema internacional de direitos humanos profliga *toda e qualquer* discriminação injustificada⁶³. Nos termos do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “*todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*”. Já no imo das relações de trabalho, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, 1958) dispõe que o termo «discriminação» compreende, naquele contexto, “*toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão*” (artigo 1º, 1, “a”); ou ainda “*qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão*” (artigo 1º, 1, “b”).

De nossa parte, conquanto pareçam claras — e em boa medida acertadas — as premissas ideológicas do “*decisum*”, discordamos da conclusão, já que, a nosso sentir, os direitos previdenciários derivados da sentença devem ser buscados pela via processual própria (autônoma), a despeito de eventual duplicidade de feitos ou “demora” (que, afinal, também tensionará a nova via, à mercê dos incontáveis recursos e remédios que o INSS empregará e da compreensível resistência dos tribunais do trabalho). Em matéria de direitos fundamentais, cremos ser melhor perseguir a efetividade, a médio prazo, que o arroubo imediatista, mas sem seguimento.

⁶³ E, já por isso, o artigo 1º, 2, da Convenção n. 111 da OIT registra que “*qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação*” (= «discriminações justificadas»). Grifos nossos.

Nessa ordem de idéias, com vistas a otimizar os efeitos da tutela processual do direito ao tratamento isonômico, são recorrentes — pela via legislativa, jurisprudencial ou doutrinária — as teses de *inversão do ônus da prova* nos processos que denunciam tratamentos discriminatórios.

No direito positivo comparado, atente-se para o artigo 23º, 3, do Código do Trabalho português (Lei n. 99/2003), que dispõe:

Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, **incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1**⁶⁴ (g.n.).

E, na jurisprudência comparada, releva mencionar o paradigmático “*case*” **McDonnell Douglas Corp. v. Green** (1973), no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu, em caso de discriminação racial, caber **ao réu**, “*prima facie*”, a *prova da não-discriminação*, à vista dos elementos incontrovertidos predispostos nos autos⁶⁵. Com efeito,

the burden then must shift to the employer to articulate some legitimate, nondiscriminatory reason for the employee’s rejection. We need not attempt in the instant case to detail every matter which fairly could be recognized as a reasonable basis for a refusal to hire. Here petitioner has assigned respondent’s participation in unlawful conduct against it as the cause for his rejection. We think that **this suffices to discharge petitioner’s burden of proof** at this stage and **to meet respondent’s prima facie case of discrimination**⁶⁶.

Observe-se, a propósito, que não se tratava de um litígio contratual, mas *pré-contratual* — que, no Brasil, desafiaria a inevitável discussão acerca da competência material para o processo e julgamento do litígio, *ut* artigo 114, I, da CRFB⁶⁷. De todo

⁶⁴ Os fatores do n. 1 são: “[...] *ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical*”.

⁶⁵ Tais elementos eram, essencialmente, a origem étnica do autor, a sua vasta qualificação profissional e a inexplicável recusa ao emprego. “*In verbis*”: “*This may be done by showing (i) that his belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications*”.

⁶⁶ In Robert Belton, Dianne Avery, *Employment Discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace*, 6th ed., St. Paul, West Group, 1999, pp.79-80 (g.n.).

⁶⁷ Justiça do Trabalho ou Justiça dos Estados? Para nós, a razão está com DÉLIO MARANHÃO, EDILTON MEIRELES e outros: as questões em torno do *pré-contrato de trabalho* atinam também à esfera de competência da Justiça do Trabalho, notadamente após a extensão de competência trazida pela EC n. 45/2004. Na doutrina, cfr., por todos, Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna, João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, 16^a ed., São Paulo, LTr, 1997, v. I, pp.247-248, e Edilton Meireles, “*Competência para apreciar o pré-contrato de emprego*”, in *Revista LTr*, São Paulo, LTr, 1997, v. 61, n. 10, p.1337. Ambas as análises precedem a Reforma do Judiciário. Cfr. ainda,

modo, mesmo à míngua de disposição legal expressa, consideramos que igual inteligência serve ao contexto judiciário brasileiro⁶⁸ (como, inclusive, já decidimos nos autos do processo n. 594/98-0, da 2ª Vara do Trabalho de Taubaté⁶⁹).

O segundo grupo de ações liga-se ao tema do meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *caput*, da CRFB⁷⁰); e, nesse contexto, ao *meio ambiente do trabalho*, consagrado na Constituição brasileira como manifestação do meio ambiente humano (*ut* artigo 200, VIII). Como antecipado (*supra*), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é também um direito fundamental da pessoa humana⁷¹,

de nossa lavra (já sob os contornos da EC n. 45/04), *Do contrato-promessa de trabalho no iter da contratação laboral: regime jurídico e questões conexas*, Relatório de Doutorado em Ciências Jurídicas, Lisboa, FDL, 2005, *passim* (especialmente pp.9-11 e nota n. 2).

⁶⁸ Cfr., por todos, ac. TRT 3ª Região, RO 16.691/94, ac. 3ª T., 26.07.95, rel. Juiz Levi Fernandes Pinto: «*O despedimento injusto do empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração*» (g.n.).

⁶⁹ Sentença de 02.09.1998, referente a porteiro dispensado pelo condomínio quando se manifestaram os primeiros sinais visíveis da ação do vírus HIV (os chamados **sarcomas de Kaposi**). “*In verbis*”: “*Em princípio, caberia ao reclamante provar os fatos por ele alegados (art.818 da CLT), e bem assim os que são constitutivos de seu direito (art.333, I, do CPC). No entanto, há que se considerar, sobretudo na hipótese dos autos, a dificuldade de o obreiro produzir uma tal prova. A uma, porque confidenciou ao síndico sua condição de aidético, sem que houvesse qualquer testemunha do fato (o que é perfeitamente compreensível, diante de sua vergonha e do caráter degradante que a AIDS adquiriu em meio à nossa sociedade); a duas, porque ao trabalhar como porteiro de um condomínio, suas testemunhas poderiam ser, quando muito, condôminos — e condôminos não teriam o menor interesse em depor a seu favor, onerando os próprios bolsos. [...] Por outro lado, e com fulcro nas regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art.335 do CPC), constata-se que o portador do vírus HIV é, em geral, discriminado por sua condição individual; de fato, um empregador preferirá, certamente, um empregado são a outro que se diga soropositivo — quanto mais se já existem manifestações sintomáticas visíveis, como se dá ‘in casu’. Há que se presumir, portanto, que tanto a preterição de um candidato aidético (em prol de outro que não o seja) como a dispensa de um empregado que começa a manifestar sinais visíveis da moléstia tenham por razão próxima a **condição de portador da doença** — trata-se de inarredável “*praesumptio hominis*”, não prevista em Lei, mas decorrente da realidade social em que se inserem os atores sociais. A presunção ‘*hominis*’ representa uma técnica legítima de integração do Direito, contemplada pela doutrina e já reconhecida, embora não declaradamente, pelos tribunais. No caso específico do trabalhador aidético, há inclusive manifestação dos tribunais no sentido de se presumir seja discriminatória a sua dispensa, com o que inverte-se o ônus da prova, acometendo-se-a a quem tem melhores condições de produzi-la (o empregador). [...] Essa presunção judicial é, evidentemente, ‘*iuris tantum*’ — admite prova em contrário. Não fosse assim, e haveria atentado ao próprio direito constitucional da ampla defesa. No entanto, ela tem um efeito processual muito claro: **inverte o ônus da prova**, atribuindo ao empregador a prova de que a dispensa não se fez por motivo de preconceito, mas antes foi, de alguma forma, motivada*”.

⁷⁰ Para o caso português, que oferece uma curiosa formulação nessa matéria (direito a um ambiente de vida “humano”, i.e., sob o prelado da dignidade humana), confira-se o artigo 66º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁷¹ Cfr., por todos, José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p.44. “*In verbis*”: “*O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente*”.

imane ao rol de direitos humanos de terceira geração⁷². Tratando-se, porém, de um interesse aprioristicamente difuso (artigo 81, par. único, I, da Lei 8.078/90), sua tutela processual reclama um procedimento diferenciado, como se dá no Brasil (Lei 7.347/85), na França (*Loi* 88-14, de 05.01.1988, alterada pela *Loi* 92-60, de 18.01.1992) e em Portugal (artigo 52º, n. 3, da Constituição portuguesa), entre outros.

Nessa ensanча, é importante reconhecer, com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que “a superação, no âmbito processual, do «paradigma individualista» (na expressão de CAPPELLETTI e GARTH) torna-se imperiosa quando o objecto da tutela jurisdiccional são os chamados interesses difusos. [...] A garantia desses interesses supra-individuais exige quadros processuais diferentes daqueles que são apropriados à tutela dos interesses individuais”⁷³. O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa cinge-se, nesse ínterim, aos aspectos da legitimidade ativa “*ad causam*”, dos poderes do tribunal e dos efeitos da coisa julgada; mas, a par dessas importantes nuanças, impende discutir, também, o problema da *prova* nesses processos (fase instrutória) e, notadamente, o dos critérios de repartição do ônus da prova (inclusive a inversão).

Nessa linha, vários autores já sustentam, no Brasil, a **inversão do ônus da prova** em matéria de sinistros no meio ambiente do trabalho. Veja-se, por todas, a obra de JOSÉ CAIRO JR., para quem o contrato de trabalho subordinado possui, em todos os casos, uma **cláusula tácita de incolumidade** (tal como a já reconhecida pelo STF em matéria de *transportes*, ou aquelas apontadas pela jurisprudência dos Estados em tema de *prestação de serviços de estacionamento*). Essa cláusula seria inerente ao *conteúdo mínimo legal do contrato de trabalho* e constituiria, por si só, o fundamento maior da *responsabilidade civil do empregador* pelos danos causados ao trabalhador, mesmo nos sinistros involuntários (artigo 7º, XXVIII, da CRFB). Logo, tratar-se-ia de **responsabilidade contratual** (= cláusula contratual implícita), ao contrário do que pregam as teses dominantes ao entreverem *responsabilidade civil aquiliana* (artigos 186 e 927 do NCC). Conseqüentemente, em face da obrigação contratual de cautela do empregador, **inverter-se-ia o ônus da prova** em todo sinistro laboral com vítima humana, cabendo ao contratante fazer prova cabal da *culpa exclusiva da vítima*, do *caso fortuito* ou da *força maior* (únicas hipóteses que, para CAIRO JR., isentar-lhe-iam de responsabilidade)⁷⁴.

De nossa parte, entendemos que as peculiaridades do “*iter*” probatório — as provas mais relevantes somente podem ser coletadas nas dependências da própria empresa — e, bem assim, o teor das normas insculpidas nos artigos 14, §1º, da Lei

⁷² Cfr., por todos, Norberto Bobbio, *op.cit.*, pp.6-7. “*In verbis*”: “Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo que esses últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas”.

⁷³ Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, “A protecção jurisdiccional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais”. In: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm (acesso em 18.06.2004).

⁷⁴ Cfr. José Cairo Jr., *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*, São Paulo, LTr, 2003, p.69-73 e p.92.

6.938/81⁷⁵ e 927, par. único, do NCC⁷⁶ autorizam declarar a **responsabilidade objetiva do empregador**, dispensando-se a prova da culpa, em todas as hipóteses de *desequilíbrio* do meio ambiente do trabalho, i.e., quando a organização dos fatores de produção gerar, para os internos e o entorno, *riscos agravados* de dano à vida, à saúde ou à salubridade. Para tanto, cunhamos o conceito de **poluição labor-ambiental**, lastreado na descrição do artigo 3º, III, da Lei 6.938/81 (*poluição* definida como “*condições adversas às atividades sociais e econômicas*”)⁷⁷. Para os demais casos, cremos aplicar-se a norma do artigo 7º, XXVIII, 2ª parte, da CRFB — que, do contrário, seria letra morta. Nada obstante, quanto a esses últimos (casos de responsabilidade civil *subjetiva*), inclinamo-nos a acolher a tese de CAIRO JR.: impende *inverter-se o ônus da prova*, para imputar ao empregador ou tomador de serviços o ônus de comprovar que o sinistro não se deveu ao dolo ou à culpa (levíssima, leve, média ou grave), sua ou da parte de seus prepostos.

No que diz respeito ao direito à privacidade e à intimidade das pessoas (terceiro grupo de ações), importa primeiramente reconhecê-los como *direitos humanos de primeira geração*, se bem que tardiamente reconhecidos⁷⁸. Entre nós, têm positividade constitucional no artigo 5º, X, da CRFB; em Portugal, leia-se o teor do artigo 26º, n. 1, *in fine*, da CRP; na Bélgica, o artigo 22, 1, da Constituição belga; na Espanha, o artigo 18, 1, da Constituição espanhola, e assim por diante. Em seguida, convém *distinguir*, entre si, o *direito à vida privada* e o *direito à intimidade*. No escólio de HENKEL⁷⁹, a esfera da *vida privada* “*stricto sensu*” (= “*Privatsphäre*”) compreende todos os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público, ainda que sejam de conhecimento de terceiras pessoas que, num âmbito mais amplo, privem de sua companhia (imagine-se, *e.g.*, um estado de filiação bastarda ou um erro profissional sem maiores consequências, que sejam de conhecimento dos familiares ou dos colegas de trabalho, respectivamente, mas que não se queira ver divulgado à generalidade das pessoas). Já da esfera da *intimidade*, ou *confidencial* (= “*Vertrauenssphäre*”), participam apenas as pessoas nas quais o indivíduo deposita estrita confiança e com as quais têm grande intimidade, a ponto de tratar de assuntos ou acontecimentos mais íntimos (como, *e.g.*, a sua orientação sexual). Assim, numa visão mais abrangente, “*a vida privada é inconfundível com a intimidade* «*proprio sensu*»: *a*

⁷⁵ Artigo 14, §1º (1ª parte): “*Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*” (g.n.).

⁷⁶ Artigo 927, par. único: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”. Para aferir o grau de risco da atividade econômica, convirá sempre recorrer à classificação administrativa (risco leve, médio e grave — cfr. artigo 22, II, da Lei 8.212/91 para os graus e o Anexo V do Decreto 3.048/99 para a classificação completa).

⁷⁷ Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, “*Meio Ambiente do Trabalho...*”, cit., pp.137-139.

⁷⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) e o *Bill of Rights* (EUA) não os previram expressamente. Nos EUA, a Suprema Corte só reconheceu o “*right of privacy*” como direito autônomo em 1965, no “*case*” *Griswold vs. Connecticut*, descobrindo-o na «*penumbra*» (*fringe area*) do *Bill of Rights* de 1791 (i.e., as dez primeiras emendas da Constituição norte-americana). É indiscutível, porém, a sua condição de direitos humanos de *primeira geração*, já que impõem ao Estado deveres puramente negativos (cfr., *supra*, tópico II).

⁷⁹ *Apud* Paulo José da Costa Jr., *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp.36-37.

*esfera da intimidade integra a noção geral de vida privada, mas não a exaure. Ao menos é assim na Constituição brasileira, em que as duas expressões exsurtem distintas e ladeadas; afinal, a lei (e tanto menos a Constituição) não tem palavras inúteis*⁸⁰. Por consequência, os fatos íntimos normalmente desafiam proteção jurídica mais intensa que os fatos da mera vida privada (“*Privatsphäre*”).

Feitas as distinções, interessa tratar de sua tutela *no processo e pelo processo*.

No processo, tutela-se a intimidade e a vida privada com a proibição e o descarte das provas ilícitas obtidas mediante *violações de correspondência ou interceptações telefônicas e telemáticas ilegais*⁸¹ (artigo 5º, XII e LVI, da CRFB) — mas sem perder de vista, em todo caso, os abrandamentos que derivam da aplicação processual do *princípio da proporcionalidade*⁸² (particularmente valioso para o processo penal e, no que couber, para o processo do trabalho — assim, *e.g.*, nos dissídios que envolverem lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais de dignidade comparável à liberdade corporal-espacial, como nas ações que discutem interdição de estabelecimento em função de riscos graves e iminentes para a saúde e a integridade dos trabalhadores⁸³).

Pelo processo (i.e., pelos remédios judiciais disponíveis), a intimidade e a vida privada dos trabalhadores pode ser assegurada mediante as diversas modalidades de *tutela processual inibitória* (ações cautelares, mandados de segurança, ações civis públicas ou coletivas⁸⁴, etc.). Por essa via, coíbem-se certas formas de *exercício ilegal* ou *abusivo* do poder hierárquico do empregador, como nas *revistas íntimas*

⁸⁰ Guilherme Guimarães Feliciano, *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*, Relatório de Doutorado em Ciências Jurídicas, Lisboa, FDL, 2005, p.105, nota n. 213. As expressões “intimidade” e “vida privada” aparecem ladeadas no artigo 5º, X, da CRFB. Já noutros sistemas jurídicos, a diferenciação oferece maiores dificuldades; assim é, p. ex., em Portugal, onde o artigo 26º da CRP e o artigo 16º do Código do Trabalho falam em “*reserva da intimidade da vida privada*”, reunindo no mesmo termo os três aspectos da vida privada (segundo a configuração doutrinal alemã): a vida privada “*stricto sensu*” (“*Privatsphäre*”), a intimidade (“*Vertrauenssphäre*” ou “*Vertraulichkeitssphäre*”) e o segredo (“*Geheimsphäre*”).

⁸¹ No Brasil, são ilegais as interceptações telefônicas e telemáticas que contrariem as disposições da Lei n. 9.296, de 24.07.1996 (“*regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*”).

⁸² O princípio da proporcionalidade, especialmente cultuado nas jurisprudências alemã e norte-americana (sob a designação “*Verhältnismässigkeitsprinzip*” ou “*exclusionary rule*”, respectivamente), tem aplicações concretas no Direito material (p. ex., nas colisões de direitos fundamentais) e no Direito processual. Quanto a ambos os aspectos, cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, *Cooperação...*, pp.54-85. Em matéria processual penal, o princípio inspirou, no Brasil, a *Súmula n. 50* das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que admite o aproveitamento da prova ilícita, quando **indispensável** para o exercício do direito de defesa do réu.

⁸³ Cfr. artigo 161, *caput*, da CLT. A matéria passa a ser de competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004, *ut* artigo 114, VII, da CRFB. Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, “*Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador*”, in *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 688, maio 2005 (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6755>), acesso em 22.12.2005).

⁸⁴ Caso a violação à intimidade e à vida privada dos trabalhadores tenha dimensão **coletiva**, envolvendo, respectivamente, *interesse coletivo “stricto sensu”* (se, p. ex., todo novo empregado ver-se constrangido a instalar, em casa, uma câmera de vídeo, com vistas ao controle das horas de sobreaviso) ou *interesse individual homogêneo* (se, p. ex., um grupo de trabalhadores determinados forem iterativamente instados a se despir para revistas íntimas, por serem mais “suspeitos” que os outros).

injustificadas⁸⁵, na *monitoração audiovisual dos empregados*⁸⁶ em áreas privadas ou de descanso (e.g., banheiros e salas de café) e no *controle telemático* extralaboral⁸⁷ (fiscalização de navegação e devassa de *e-mails* fora do âmbito da unidade produtiva, como, p. ex., nos casos em que os serviços de provedor e caixa postal são oferecidos aos trabalhadores também para uso doméstico e privado). Em situações desse jaez, põe-se, uma vez mais, a discussão da inversão do ônus da prova. Alegada, pelo empregado, a ilicitude de certa prova — usualmente por violação à intimidade ou à vida privada —, é do empregador o ônus de demonstrar a sua liceidade (hipossuficiência presumida aliada à excessiva dificuldade em se demonstrar as violações, amiúde perpetradas no ambiente da empresa — artigo 8º, *caput* e par. único, da CLT, c.c. artigo 6º, VIII, do CDC e 333, par. único, II, do CPC)⁸⁸; mas ele deve comprovar a ilicitude da prova produzida pelo empregado, se o alegar. Da mesma forma, nas ações inibitórias, havendo prova ou confissão de que a empresa utiliza procedimentos como revistas íntimas, monitorações audiovisuais ou controle telemático — que, pela sua própria natureza, oferecem *risco* de violação à intimidade e à privacidade alheias —, é do *empregador* o ônus de comprovar que não há **ilegalidade** ou **abuso** (= **ilegitimidade**) na adoção e/ou implementação daqueles procedimentos.

⁸⁵ Abordando o tema, cfr., de nossa lavra, “Direito do Trabalho e Direito dos Contratos: apontamentos relevantes sobre a Parte Especial do Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)”, in *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Ribeirão Preto, Nacional de Direito, nov. 2003, v. 6, n.67, pp.20-32.

⁸⁶ No caso português, a proteção é, nesse particular, das mais extensas e meticolosas. O artigo 20º, 1, do CT estabelece, como regra, que “o empregador **não pode** utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador” (g.n.). Como exceção, o n. 2 admite a utilização daqueles equipamentos — que incluem os meios de monitoração audiovisual — “sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens, ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem”, devendo, nesse caso, “informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados” (n. 3). Por conta desse preceito, sujeitou-se à autorização prévia da **Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)** toda e qualquer utilização de meios de vigilância à distância do local de trabalho (artigo 28º da Lei n. 35/2004). Valeria a pena, aqui, “importar” a experiência estrangeira — o que nem sempre é bom — e regular, em termos semelhantes, a monitoração do meio ambiente de trabalho no Brasil. Por ora, remanesce entre nós a lacuna de regulamentação.

⁸⁷ Quanto a isso, é também digno de nota o modelo português. O artigo 21º do CT dispõe, no n. 1, que “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico” (ressalvando-se, no n. 2, o poder hierárquico de “estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa”, que deve ser exercido com razoabilidade). Na esteira do preceito, a CNPD aprovou, em sessão plenária de 29.10.2002, uma *recomendação* sobre a privacidade no local de trabalho em matéria de tratamento de dados nas centrais telefônicas, utilização e controle de *e-mail* e Internet e princípios de utilização das novas tecnologias de controle. Tais princípios têm larga aplicação hermenêutica e vêm balizando um padrão próprio de “razoabilidade” para fins de exercício do poder de fiscalização do empregador.

⁸⁸ Pela “*ratio juris*” do último preceito: se, no processo civil, são nulas as convenções de prova que tornam excessivamente difícil à parte o exercício do direito, não de ser rechaçadas, no processo do trabalho, quaisquer *interpretações* que tornem a prova excessivamente difícil ao sujeito subordinado, já que a letra do artigo 818 da CLT não subministra solução clara: o empregador *alega* que a prova é lícita e o empregado *alega* que é ilícita. Dir-se-ia que, sendo implícita à produção da prova a sua condição de legalidade e legitimidade, a primeira “alegação” (ainda que tácita) é do empregador, o que conduziria, nesses casos, àquele mesmo desfecho (ônus do empregador). Mas, como a premissa não vale para as provas apresentadas pelo empregado (porque consubstanciaria, na prática, a antípoda da “*ratio*” dos artigos 6º, VIII, do CDC e 333, par. único, II, do CPC), conclui-se que se trata, em verdade, de uma *concreção* da regra do “*in dubio pro misero*” (cfr. Américo Plá Rodríguez, *op.cit.*, pp.43-53).

Enfim, com relação ao assédio sexual e ao assédio moral (quarto grupo de ações), diga-se, à saída, que a primeira figura já está positivada no Direito Penal brasileiro, *ut* artigo 216-A do Código Penal⁸⁹. Já a segunda ainda carece de posituação, mas têm sido definida, no âmbito das relações de trabalho, como “*toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho*”⁹⁰. São práticas que violam, respectivamente, o direito à livre determinação sexual e o direito à tranquilidade psíquica, ambos fundamentais, secundando o princípio da dignidade humana. Desse modo, a denúncia de tais práticas, nas esferas civil e trabalhista, reclama especiais cuidados quanto à direção do processo. Impende considerar a *inversão do ônus da prova*, também aqui, quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil para o autor (assim, *e.g.*, quando o molestamento ocorre nos domínios do réu — como em seu domicílio ou na sua empresa — e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados). Esse encaminhamento já tem ecos no direito e na literatura estrangeiras⁹¹ e possui os mesmos baldramas da tese perfilhada para o grupo anterior. É recomendável, contudo, sempre trazer à luz algum *indício* do assédio (rigor evidente, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado, etc.); se todas as descrições indiciárias forem negadas e não houver um elemento sequer que as corrobore, a narrativa torna-se fantasiosa e, nesse caso, inverter

⁸⁹ Artigo 216-A, *caput*, do CP: “Constranger alguém com o intuito de conseguir vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

⁹⁰ Marie-France Hirigoyen, *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, trad. Maria Helena Kühner, 5ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002, p.65.

⁹¹ Na Espanha, “M. LORENTE ACOSTA y J. A. LORENTE ACOSTA reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que **la conducta acosadora sea difícilmente probada**, siendo comportamientos que son «fácilmente utilizables como chantaje». Así, pues, **la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso**; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista [...] **proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba**, de manera que **correspondiera al demandante probar la inexistencia de conductas de acoso moral**” (María Dolores Rubio de Medina, *Extinción del contrato laboral por acoso moral — mobbing*, Barcelona, Bosch, 2002, p.45). Na França, entende-se que “l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établit les faits qui **permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement**. [...] Au vu de ces éléments, **il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement**” (Isabelle Bourkhris, “La preuve et le harcèlement moral”, in <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcèlement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005 — g.n.). Em Portugal, o Código do Trabalho define o **assédio** «*in genere*» como “*todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no nº 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador*” (artigo 24º, 2); especifica o assédio sexual no n. 3 (“*comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior*”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualifica no Brasil (= intuito de obter favor sexual); e, para mais, **equipara** todo assédio à **discriminação** do artigo 23º. Logo, alegada e fundamentada a circunstância de assédio (moral ou sexual), incumbe ao *empregador* provar que não há tratamento diferenciado (artigo 23º, 3).

o ônus da prova significará impor, sem mais, a condenação, em afronta ao devido processo legal⁹². Já não é assim nos casos clássicos de discriminação, em que as próprias circunstâncias objetivas da relação, tal como consolidadas e reproduzidas, são indiciárias do problema⁹³.

Ao mais, aduza-se uma consideração de ordem metodológica, válida para os quatro grupos notáveis. Ao contrário do que entende a doutrina processual recorrente⁹⁴, pensamos que o problema da *inversão do ônus da prova* não é apenas um problema de **juízo** (= julgamento), mas também de **procedimento**. Isso é especialmente verdadeiro nos processos de garantia de direitos humanos fundamentais, nos quais frequentemente se dão hipóteses de direitos indisponíveis “*ab ovo*”, que não se sujeitam sequer à confissão ficta (artigo 351 do CPC). Sob tais circunstâncias, cabendo ao réu produzir as provas da não-violação, é medida de inteira plausibilidade que, a bem do devido processo legal e da prevenção das “decisões-surpresa”, o magistrado esclareça a situação durante o processo⁹⁵ e *determine a inversão da ordem de instrução*. De resto, e a par disso, a natureza do direito em discussão exigirá, não raro, a iniciativa do próprio

⁹² Convergimos, dessarte, para a orientação francesa dominante (*supra*, nota n. 91). E, não por outra razão, a *Cour d'appel* de Lyon (França) decidiu, em 11.03.2003, “*qu'à partir du moment où la dégradation des conditions de travail avait concerné l'ensemble du personnel, et qu'aucun fait précis concernant directement le salarié n'a été établi, le harcèlement moral n'était pas caractérisé*” (g.n.). No mesmo sentido, decidiu a *Cour de Cassation* em 03.04.2003. Cfr., ademais, Anne Orsay, “*La notion de harcèlement moral trois ans après l'adoption de la loi du 17 janvier 2002*”, in http://64.233.161.104/search?q=cache:b3KOru7EYOwJ:www.spirituellement.info/jack_paloque/dossiers/dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR (acesso em 23.12.2005).

⁹³ Daí porque, ante a rejeição do projeto de lei socialista sobre o assédio moral (*supra*, nota n. 91), “*la SJS [Sentencia Juzgado de lo Social] Algeciras, Cádiz 28.1.2002 señala respecto al acoso que no existe inversión de la carga de la prueba, salvo en el supuesto que se aleguen las circunstancias previstas en el art. 96 LPL [Ley de Procedimiento Laboral]; es decir, será cuando el acoso moral e vincule con la discriminación por razón de sexo*” (Rubio de Medina, *op.cit.*, p.48). Com efeito, estando presentes fatores históricos de discriminação como cor, raça, gênero ou religião, os indícios de assédio deixam de ser necessários, ao menos do ponto de vista da segurança jurídica ínsita às presunções “*legis*” ou “*hominis*”. Mas, ainda na ausência desses fatores históricos, parece-nos que a admissão de indícios objetivos (que não provam, em absoluto, o assédio) para fins de acometer ao réu o ônus da prova configura, da mesma forma, *inversão do “onus probandi”*, já que não se trata propriamente de *contraprova*. Imagine-se, p. ex., ter alegado certo balconista que, à diferença dos demais, era “escalado” para comprar os cigarros do gerente todas as manhãs, o que lhe causava humilhação e desgosto; o fato, admitido pelo empregador, não prova, por si mesmo, qualquer assédio, mas já é o bastante para atribuir-lhe — ao réu — o ônus de provar que a “escalação” não era maldosa, não causava constrangimentos, era consentida, etc. A rigor, *inverteu-se* o ônus dessa prova...

⁹⁴ Nesse sentido, cfr., por todos, Nelson Nery Jr., Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p.758. Nada obstante, os próprios autores reconhecem, adiante, que no caso de direitos indisponíveis, “*não podem ser considerados verdadeiros os fatos alegados na inicial, mesmo que ocorra revelia (CPC 320, II) e não é válida a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC 351)*”.

⁹⁵ O que não configura, em bom Direito, “prejulgamento” ou açodamento, mas profilaxia judicial. A isso, os alemães chamam de “*Frage- und Aufklärungspflicht*” (= dever judicial de **perguntar** e **esclarecer**). Cfr., por todos, Egbert Peters, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. von Gerhard Lücke, Alfred Walchshöfer, München, Verlag C. H. Beck, 1992, Band 1, p.999. Desenvolveremos essa intrigante temática — da maior relevância para a exata compreensão da «direção ativa» que é inerente à magistratura e ao processo do trabalho — em um outro estudo, a ser futuramente publicado.

magistrado na apuração dos fatos (com fundamento nos artigos 130, 342, 355 e 418 do CPC, ou artigos 653, “a”, e 680, “f”, da CLT), levando até à constituição judicial de provas, sob pena de se referendar, ao final, uma «verdade formal» detratora da realização de direitos humanos de primeira, segunda, terceira ou quarta geração.

Chancelando as opiniões expostas *supra*, inclina-se hoje a melhor doutrina brasileira. MALLETT, por exemplo, obtempera que

as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio. [...] Enquanto não houver mudança concreta das regras relativas ao ônus da prova, portanto, continuará o Processo do Trabalho, ainda preso à idéia da igualdade formal dos litigantes, a discriminar a parte menos favorecida da relação litigiosa⁹⁶.

Com efeito, não são poucas as legislações que predisõem, no processo em geral, regras de inversão do ônus da prova em casos de disparidade entre as partes processuais (frequentes no processo do trabalho e em alguns setores do processo civil, como nos litígios de consumo, *ut* artigo 6º, VIII, do CDC) e também em casos de interesse público (como, *e.g.*, no. artigo 137 do Código de Processo do Trabalho do Paraguai, de 1961⁹⁷). A legislação processual brasileira, por sua vez, é hesitante. Mas, apesar disso, tais inversões são juridicamente possíveis, tecnicamente defensáveis e politicamente desejáveis, sempre no marco dos princípios que informam a teoria geral do processo e a própria legislação vigente. O que não convém é perpetuar o casuismo atual, que inspira resistências e suspeições⁹⁸; e, para combatê-lo, há que perseguir, a um

⁹⁶ Estevão Mallet, *Discriminação e Processo do Trabalho*. In: *Discriminação*, Márcio Tulio Vianna, Luiz Otávio Linhares Renault (coord.), São Paulo, LTr, 2000, pp. 162 e 165 (g.n.).

⁹⁷ “Regirá el principio de inversión de la prueba, en todos los casos en que se demande el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley”. Entenda-se: cumprimento das normas jurídicas de **ordem pública** (como são, por excelência, as normas de garantia dos direitos fundamentais da pessoa).

⁹⁸ Exige-se, p. ex., que o empregado faça a prova do não-gozo das férias anotadas em CTPS. Já quanto ao vínculo empregatício, entende-se que, “quando se nega a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova incumbe ao autor, por ser fato constitutivo. O contrário obrigaria o réu a trazer contestação do fato negativo, com frequência impossível na prática. Mas, constatada a prestação pessoal de serviços, presume-se tratar-se de relação empregatícia. **Incumbe, assim, ao réu a prova de ser o trabalho autônomo, eventual, societário ou de qualquer outra forma não subordinada**” (ac. TRT/SP, RO 12.154/85, Valentim Carrion, Ac. 8ª Turma — g.n.). Enfim, no que toca às horas extras, a Súmula n. 338 do TST propugna que “é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera **presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho**, a qual pode ser elidida por prova em contrário” (inciso I — g.n.), e que “os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, **invertendo-se o ônus da prova**, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir” (inciso III — g.n.). Não se construiu, por expresse, um *fundamento uniforme* que justifique todas essas orientações (fato que provoca, vez por outra, grande perplexidade entre os jurisdicionados).

tempo, a coerência científica do discurso, a legalidade do processo e a plena obediência ao “*due process of law*”.

Na mesma trilha de princípios, a **Diretiva n. 97/80/CE** do Conselho da União Européia (15.12.1997), ao examinar a questão do *ônus da prova* nos casos de processos de discriminação baseada no sexo (gênero), perfilhou o objetivo de “*garantir uma maior eficácia das medidas adotadas pelos Estados-membros, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento*” e, com essa premissa, instou os Estados-membros da União Européia a assegurarem, em suas legislações nacionais,

que quando uma pessoa que se considere lesada pela não-aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento **apresentar**, perante um tribunal ou outra instância competente, **elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta e indirecta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento** (g.n.)⁹⁹.

À míngua de lei própria, até mesmo essa Diretiva — ou, mais corretamente, as legislações por ela condicionadas¹⁰⁰ — podem ser evocadas pelo juiz do Trabalho brasileiro, ante as insuperáveis lacunas da legislação nacional e a expressa referência, no artigo 8º, *caput*, da CLT, ao *direito comparado* como fonte alternativa do Direito do Trabalho (o que diz intimamente com o caráter de *universalidade* dos direitos humanos fundamentais, em geral, e dos direitos sociais, em especial).

4.4. PODERES INSTRUTÓRIOS E TUTELA «EX OFFICIO»

Tem-se tornado recorrente, na jurisprudência trabalhista, a afirmação de que no processo do trabalho vige o chamado **princípio da verdade real**¹⁰¹, notadamente em matéria de admissão de provas testemunhais e documentais *após* o momento processual oportuno.

⁹⁹ Isso, é claro, sem prejuízo do tratamento mais favorável que eventualmente se dê aos cidadãos discriminados em cada um dos países da União. Note-se que a menção a “*elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta e indirecta*” (na tradução portuguesa) poderia sugerir que não se trata de *inversão* propriamente dita, mas de *desincumbência do ônus da prova* pelo sedizente discriminado. Ora, dizer isso seria o óbvio. Ocorre que a definição dos “elementos de facto” incumbe às legislações nacionais e, para além delas, à jurisprudência dos vários países; e há, nesse diapasão, uma *tendência minimalista* (como, *e.g.*, em Portugal, onde basta *alegar e bem fundamentar* a discriminação — o que é, na prática, uma inversão do ônus da prova). Cfr. artigo 23º, 3, do CT (tópico 4.3 e nota n. 64, *supra*).

¹⁰⁰ Confirmam-se, por todas, o próprio artigo 23º, 3, do CT português (*supra*) e o artigo 96 da *Ley de Procedimiento Laboral* espanhola, que reza: “*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

¹⁰¹ Cfr., por todos, Ac. TST AIRR-454/2003-067-03-40, 21.09.2005, rel. Min. João Oreste Dalazen, in DJ 28.10.2005: “*Não implica [...] contrariedade à Súmula nº 74 do TST decisão que mitiga o rigor da confissão ficta em face da presença de prova técnica nos autos, útil à elucidação da lide tendo como farol o princípio da verdade real*” (g.n.).

Esse princípio a rigor remonta ao **processo penal**. No dizer de TOURINHO FILHO,

enquanto o Juiz não-penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por eles debatidos, no Processo Penal **o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrrou, para dar base certa à justiça**¹⁰².

Adiante, o mesmo autor assevera:

No Processo Penal, cremos, o fenômeno é inverso [daquele do Processo Civil]: **excepcionalmente, o Juiz penal se curva à verdade formal**, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade¹⁰³.

Hodiernamente, esse dado torna-se cada vez mais constante no processo do trabalho, decerto por duas razões fundamentais: **(a)** o *princípio da primazia da realidade*, que DE LA CUEVA e AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ preconizaram para o Direito Material do Trabalho (e que tem, obviamente, reflexos no Direito Processual do Trabalho); **(b)** o *caráter indisponível e fundamental* de enorme gama de direitos que são violados no contexto das relações de emprego e depois se sujeitam à apreciação da Justiça do Trabalho.

Com efeito, se os direitos humanos fundamentais têm por característica a **irrenunciabilidade**, está claro que as convenções de prova¹⁰⁴ ou a própria inércia das partes não podem redundar, direta ou indiretamente, na disposição ou menoscabo daquele direito (como, p. ex., o direito à vida, ao tratamento igualitário, à integridade física, à saúde psíquica, ao meio ambiente do trabalho equilibrado, etc.). E, se é assim, resulta evidente que a *natureza pública* dos interesses em jogo exige, do juiz do Trabalho, que *não transija com a verdade formal* e nem com ela se satisfaça, senão muito excepcionalmente (quando, ante a impossibilidade de produção de provas hábeis, houver de decidir exclusivamente pela repartição do ônus da prova).

A última ilação permite entrever os influxos do *caráter híbrido* do Direito do Trabalho no processo laboral. No plano material, o Direito do Trabalho reúne características do Direito Privado (donde as teorias contratualistas), mas também têm características próprias do Direito Público (donde as teorias anticontratualistas ou institucionalistas). São os traços de Direito Público que se refletem, no processo, como persecução da verdade real.

¹⁰² Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, v. I, pp.37-40 (g.n.).

¹⁰³ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁴ Vide artigo 333, par. único, I, do CPC.

Nessa ensanचा, para «alcançar» a verdade real — tão importante quando se discutem direitos fundamentais da pessoa humana trabalhadora —, o juiz deve empregar largamente as suas **prerrogativas processuais de instrução**, com espeque no artigo 765 da CLT (rito ordinário) e/ou no artigo 852-D da CLT (sumaríssimo). O primeiro estatui:

Os juízos e Tribunais do Trabalho terão **ampla liberdade na direção do processo** e velarão pelo andamento rápido das causas, **podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas** (*g.n.*).

E o último:

O juiz dirigirá o processo com **liberdade para determinar as provas a serem produzidas**, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (*g.n.*).

Conseqüentemente,

a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes probatórios do juiz. Inexiste aqui regra que legitime solução diversa. Nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, pela parte, da faculdade de produzir determinada prova¹⁰⁵.

Mas não é só. Pode-se ir um pouco além.

O artigo 273, *caput*, do CPC, na redação da Lei n. 8.952/94, dispõe que a antecipação dos efeitos da tutela de mérito só se fará *a requerimento da parte* (princípio dispositivo). Vedar-se-ia, dessarte, a tutela antecipatória “*ex officio*”. Nada obstante, a doutrina vanguardista — mesmo no processo civil — tem reconhecido **exceções** a essa regra. Assim, “*in verbis*”:

O legislador condiciona a medida ao pedido da parte (art. 273). Não se podem excluir, todavia, **situações excepcionais** em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do **risco iminente do perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança**. [...] Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicionais não é requerida pela parte, **a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do**

¹⁰⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p.157. Se isso é verdadeiro no processo civil (seara de BEDAQUE), sê-lo-á, com maior razão, no processo trabalhista.

processo. Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas¹⁰⁶.

E isso se explica, segundo BEDAQUE, pela similitude, nesses casos, entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar, aplicando-se analogicamente o artigo 798 do CPC (poder geral de cautela), já que tanto as liminares cautelares quanto as liminares antecipatórias do artigo 273, I têm a mesma **função** no sistema processual¹⁰⁷.

Não haveria de ser diferente no processo do trabalho, em cujo ensejo — insista-se — são bem mais recorrentes os pedidos de tutela processual antecipada de bens fundamentais da vida (direitos humanos). Eis porque doutrinadores há que sustentam ser *regra*, no Direito Processual do Trabalho, a possibilidade de concessão “*ex officio*” da tutela antecipada. Entendemos, pela via intermédia, que — em face do teor explícito do artigo 273 do CPC — apenas **excepcionalmente** o juiz do Trabalho poderá conceder **de ofício** a tutela antecipada. Fá-lo-á, precisamente, nos supostos de **violação inequívoca de direitos humanos fundamentais da pessoa trabalhadora**, por força do princípio da proporcionalidade (que impõe, na espécie, a *interpretação conforme* e ameniza a inflexibilidade legal)¹⁰⁸. Pode-se afirmá-lo, ainda, por via de interpretação sistemática: se o processo do trabalho admite a execução “*ex officio*” (artigo 878, *caput*, da CLT) com fundamento no caráter *alimentar e indisponível* dos direitos exequiêndos, “*a fortiori*” se deve entender pela admissibilidade da tutela processual “*ex officio*”, mesmo em fase de conhecimento, quando há risco iminente a direitos humanos fundamentais (que, vimos, são por definição **irrenunciáveis** — logo, indisponíveis).

4.5. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho, segundo José Afonso da Silva, é “*o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente*”. Como dito alhures, tem previsão constitucional expressa (artigo 200, VIII) e geralmente transita entre os interesses difusos e os interesses coletivos “*stricto sensu*”, a depender da configuração das pretensões concretas.

Desenvolvendo o chamado Direito Processual ambiental, a doutrina tem reconhecido, como instrumentos processuais constitucionais de tutela ambiental, a própria **ação civil pública** (tópico 4.1, *supra*) e outros três institutos, a saber, a

¹⁰⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil Interpretado*, Antonio Carlos Marcato (coord.), São Paulo, Atlas, 2004, p.807 (g.n.).

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁸ Suponha-se, e.g., que a continuidade da prestação de serviços coloque em grave risco a saúde ou a vida do trabalhador; ou, ainda, que a sonegação de verbas resilitórias confessadamente devidas perpetue uma condição atual de indigência do reclamante e de sua família, ou a torne iminente.

ação popular ambiental, o mandado de segurança coletivo ambiental e o mandado de injunção ambiental¹⁰⁹.

Admitindo-se que é da **Justiça do Trabalho** a competência para processar e julgar todos os litígios envolvendo o *meio ambiente do trabalho* (como parece decorrer da redação da Súmula 736 do STF¹¹⁰ e — mais recentemente — do próprio teor do artigo 114 da CRFB, na redação da EC n. 45/2004), é forçoso reconhecer que *todos esses instrumentos processuais* servem à tutela dos direitos fundamentais da pessoa trabalhadora, *no âmbito do processo do trabalho*. Obviamente, cada qual surtirá bons efeitos nos lindes de sua vocação institucional. Consideremos os três últimos, já que a ação civil pública foi estudada em tópico próprio.

(a) Ação popular ambiental. Nos termos do artigo 5º, LXXIII, da CRFB, serve tanto para os casos de lesão ou ameaça ao patrimônio público (i.e., **bens públicos “stricto sensu”**, como uma praça, um fundo estatal ou um prédio público), como para os de lesão ou ameaça aos **bens de natureza difusa**¹¹¹ (entre os quais está o próprio meio ambiente do trabalho equilibrado). Assim, qualquer cidadão brasileiro¹¹², no gozo de seus direitos civis e políticos, pode ajuizar ação popular com vistas à anulação ou à declaração de nulidade de atos públicos ou de interesse público que sejam lesivos ao meio ambiente do trabalho (artigo 1º, *caput*, da Lei n. 4.717/65) — inclusive o *trabalhador*. Aplica-se a Lei 4.717/65, em tudo que “*não contrariar ou prejudicar a incidência de princípio ou dispositivo da jurisdição civil coletiva*”¹¹³. Suponha-se que a inspeção do trabalho tenha sido fraudada, acobertando sucessivos descumprimentos de normas de saúde e segurança no trabalho que podem prejudicar, direta ou indiretamente, o grupo de trabalhadores, o entorno e/ou toda a comunidade (como, p. ex., nas operações em instalação geradora de energia nuclear ou na manipulação de elementos carcinogênicos). Como resultado da ação popular, o relatório original poderá ser declarado nulo (*desvio de finalidade*: artigo 2º, “e”, da Lei 4.717/65), acometendo-se a outro auditor a tarefa de fiscalização¹¹⁴. O mesmo se aplicaria à hipótese de um EIA/RIMA eivado de vícios, que permitisse, a um tempo, a exposição dos trabalhadores e da comunidade a níveis intoleráveis de concentração de benzeno: ainda que tenham origem em perícias particulares, laudos como esse suscitam o *interesse público* e podem desafiar ações populares. Mas em nenhum desses casos haverá *reparação de dano*, porque a ação popular não tem essa finalidade. Para o fim de reparação, deve-se ajuizar ação civil pública ou coletiva (tópico 4.1, *supra*). A ação popular colima tão-só *declarar*

¹⁰⁹ Cfr., por todos, Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria Andrade Nery, *Direito Processual Ambiental brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp.167-257.

¹¹⁰ Súmula 736/STF: “*Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores*” (26.11.2003 — g.n.).

¹¹¹ Celso Antonio Fiorillo *et al.*, *op.cit.*, p.220.

¹¹² Cfr. artigo 5º, LXXIII, da CRFB, e artigo 4º da Lei 4.717/65. Para a prova da cidadania, a lei exige apenas a exibição do título de eleitor ou de documento equivalente (artigo 1º, §3º, da Lei 4.717/65).

¹¹³ Celso Antonio Fiorillo *et al.*, *op.cit.*, p.221.

¹¹⁴ Note-se, a propósito, que a presunção de veracidade dos atos administrativos dos auditores-fiscais não os desobriga de, se necessário, demonstrarem os fatos que os levaram às suas conclusões (inteligência ampliada do Precedente Administrativo n. 56/DFT, que interpreta o artigo 9º, IV, da Portaria nº148, de 25 de janeiro de 1996).

nulos, anular ou fazer cessar atos jurídicos e/ou materiais que sejam prejudiciais ao patrimônio público ou atentatórios à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

(b) Mandado de segurança coletivo ambiental. À mercê do artigo 5º, LXX, “b”, da CRFB, o mandado de segurança ambiental pressupõe a violação de um direito líquido e certo em matéria ambiental, seja pela autoridade pública, seja pelo agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. No meio ambiente do trabalho, pode-se imaginar a hipótese do Município que não concede, aos seus coletores, equipamentos de proteção individual (direito líquido e certo do trabalhador, *ut* artigo 166 da CLT). A prova é, a rigor, meramente documental (termos de entrega de EPIs), valendo aqui a regra da inversão do ônus da prova. Podem impetrá-lo, *e.g.*, o sindicato de classe ou o próprio Ministério Público, em face do artigo 127, *caput*, da CRFB¹¹⁵.

(c) Mandado de injunção ambiental. Previsto no artigo 5º, LXXI, da CRFB, o mandado de injunção visa à “*proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivas, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, [...] por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes*”¹¹⁶. Serve, portanto, à tutela processual da *segurança jurídica* e da *exequiabilidade dos direitos*, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Qualquer pessoa com legítimo interesse jurídico pode usar da injunção, impetrando qualquer das pessoas jurídicas políticas do Estado ou Poderes da Federação. Reitere-se que o direito ao meio ambiente equilibrado, se bem que previsto no artigo 225 da CRFB, é **fundamental** e goza da aplicabilidade imediata do artigo 5º, §1º, da CRFB. Assim, a se entender que, em relação às normas de segurança, saúde e higiene no trabalho, há *omissão do Poder Público* em regulamentar certa matéria, e desde que isso inviabilize o exercício de direitos labor-ambientais com fulcro constitucional, caberá a impetração do *writ*. A competência será da Justiça do Trabalho, por extensão da norma do artigo 114, IV, da CRFB.

Existe, a propósito do mandado de injunção, pelo menos um caso notável de omissão do Poder Legislativo Federal que tem obstado a fruição de um direito labor-ambiental de compleição constitucional: o do artigo 7º, XXIII, da CRFB, no que toca ao *adicional de remuneração para as atividades penosas*. Embora a preeminência axiológica caiba à redução/neutralização dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII), é inegável que o inciso XXIII veicula um direito social relevante, que deveria ser pago, à guisa de compensação, a tantos quantos exercessem atividades penosas. No entanto, faltante a regulamentação legal e administrativa da matéria, o adicional de penosidade não tem sido pago àqueles que se sujeitam, em tese, ao labor penoso¹¹⁷ (exceção feita às

¹¹⁵ Celso Antonio Fiorillo *et al.*, *op.cit.*, p.200. O Ministério Público deve zelar pelos *interesses sociais* e também pelos *interesses individuais indisponíveis*.

¹¹⁶ Hely Lopes Meirelles, *op.cit.*, p.169.

¹¹⁷ *E.g.*, trabalhos que envolvem elevados níveis de atenção ou deslocamento manual e constante de objetos pesados.

categorias que negociaram o direito e o sacramentaram em acordos e convenções coletivas, como ocorreu com os engenheiros e técnicos industriais de Santa Catarina e com os trabalhadores em transportes rodoviários do Pará). Têm, conseqüentemente, legitimidade para lançar mão do remédio¹¹⁸.

4.6. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Um estudo sério da tutela processual dos direitos humanos fundamentais necessariamente culmina com o tema da *judicialização da política*. Inclusive no processo do trabalho.

É que os direitos fundamentais, mormente os de segunda, de terceira e de quarta geração, deveriam ser garantidos e implementados pelo *Poder Público*, mediante leis (Poder Legislativo) e políticas públicas (Poder Executivo). Há, porém, óbvio *déficit de efetividade* no que diz respeito a vários desses direitos (sobretudo os de terceira geração). Esse quadro reclama a intervenção do **Poder Judiciário**, na qualidade de guardião dos valores constitucionais e da Democracia Republicana. E, por conta disso, o que seria, na origem, objeto da discricção legislativa ou da oportunidade e conveniência administrativas acaba por se tornar elemento componente de um *processo judicial*.

Diante desse movimento sociológico, certos autores têm empregado a expressão *supra* — «**judicialização da política**» — para designar a tendência pós-moderna de que as omissões ou insuficiências da legiferância e das políticas públicas sejam *supridas* pela construção jurisprudencial. Tendência que reputamos bem-vinda, se expurgados os excessos e as teratologias (pois, no limite, corroem o sistema dos “*checks and balances*” e vulneram o princípio do artigo 2º da CRFB). Esse fenômeno revela-se útil, se não necessário, para o pronto atendimento das novas demandas e a solução dos novos litígios, que do contrário defrontariam a inércia e a morosidade natural dos Poderes Executivo e Legislativo¹¹⁹ (a cujos trâmites políticos, próprios do “*iter*” decisório, o Judiciário é menos permeável).

Essa, porém, é a judicialização “positiva”. Não é aquela, negativa (= de alta intensidade), suposta por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

¹¹⁸ Em sentido contrário, porém, FERREIRA FILHO sustenta que o mandado de injunção “*não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais*” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op.cit.*, p. 276 — *g.n.*). Evidentemente, não comungamos dessa opinião. A nosso sentir, está aberta a via da injunção para instar à regulamentação de quaisquer direitos sociais sonegados, vinculados ou não à questão ambiental (como, *e.g.*, a proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de *lei complementar* que jamais foi editada...).

¹¹⁹ Não se olvida, aqui, a morosidade do próprio Poder Judiciário. É certo, porém, que essa disfunção vem sendo debelada desde as mini-reformas processuais dos anos noventa, culminando com a EC n. 45/2004 e a positivação do **princípio da razoável duração do processo** (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB). Uma resposta judiciária é, hoje, tendencialmente mais veloz que uma resposta legislativa ou político-administrativa.

Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por actividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; outra, de alta intensidade, quando parte da classe política que, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente¹²⁰.

Essa derradeira forma de judicialização é decerto nefasta. Instrumentaliza os tribunais para azeitar as armas do peje político-partidária, sem nenhum ganho para a Democracia. A interferência “política” da magistratura deve ter o único propósito de fazer cumprir o programa constitucional republicano, especialmente quando os outros Poderes da República injustificadamente se recusarem a fazê-lo. O que houver de mais será espúrio.

V. CONCLUSÕES

No livro “*What should legal analysis become?*”, MANGABEIRA UNGER examina os processos ordinários de interpretação do Direito, dominados por uma teórica inercial estéril (a que denomina “*rationalizing legal analysis*”), e propõe um novo modelo, bifocal (centrado nos pressupostos da *democracia representativa* e na *natureza humana*), que engendre um processo paulatino de revisão das instituições a partir do diálogo franco entre os técnicos do Direito (juízes inclusos) e a sociedade civil. Termina por concluir que, “para nos tornarmos **realistas**, antes devemos nos fazer **visionários**”,¹²¹.

Abstemo-nos, a esta altura, de considerar os méritos do modelo proposto (“*mapping and criticizing*”), pensado para o caso anglo-saxão. Mas os pruridos que estão na sua base genética coincidem, em grande parte, com os receios pulverizados nas entrelinhas deste trabalho — esses e aqueles relacionados ao *imobilismo jurídico-judicial*. E a conclusão destacada tem, nesse contexto, um particular interesse.

Em Direito é, efetivamente, assim. Ser realista é ser visionário. Não se constrói uma realidade melhor sem depositar esperanças na consolidação de novos paradigmas jurídicos. Mas só a esperança não basta: é preciso agir. Agir com prudência, é certo;

¹²⁰ Boaventura de Sousa Santos, “A judicialização da política”, in *Centro de Estudos Sociais/Universidade de Coimbra*, maio de 2003 (<http://www.ces.fe.uc.pt/opiniaao/bss/078en.php> — acesso em 23.12.2005).

¹²¹ Roberto Mangabeira Unger, *What should legal analysis become?*, New York, Verso, 1996, *passim* (especialmente pp.38-39, 130-131 e 182).

erigir toda construção dogmática sobre os poderosos alicerces da Ciência, porque a jurisprudência “intuitiva” ou de ímpeto é a primeira a ruir na dança das ideologias. Mas há que agir.

Age-se em juízo, ousando pedir e ousando julgar. Ou, numa palavra, ousando *perfilhar* (teses menos ortodoxas). Mas, antes disso, é preciso agir noutra instância, muito mais sutil e imponderável: no plano das **convicções**. O operador do Direito só logra bem convencer os seus interlocutores quando está, ele próprio, convencido da justiça de seus argumentos.

E é disso, afinal, que se trata quando o assunto é a tutela processual dos direitos humanos da pessoa trabalhadora. **Convencer-se** intimamente de que, no mais prosaico dia-a-dia e nos mais diversos rincões, há trabalhadores brasileiros cujos direitos fundamentais vêm sendo obstinadamente malferidos, à mercê de uma insensibilidade crônica peculiar ao capitalismo industrial e financeiro. **Convencer-se** de que esses direitos sem dimensão patrimonial **podem** ser resgatados com os instrumentos jurídicos que a legislação oferece. **Convencer-se**, enfim, de que algo pode ser feito. Agir e ousar... ousar agir.

VI. BIBLIOGRAFIA

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BELTON, Robert. AVERY, Dianne. *Employment Discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace*. 6th ed. St. Paul: West Group, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOURKHHRIS, Isabelle. “La preuve et le harcèlement moral”. In: <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005).
- CAIRO JR., José. *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. São Paulo: LTr, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CLAUDE, Richard. “Comparative Rights Research: Some Intersections between Law and the Social Sciences”. In: *Comparative Human Rights*. Richard Claude (ed.). Baltimore: John Hopkins University Press, 1976.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2002.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. Relatório de Doutorado em Ciências Jurídicas. Lisboa: FDL, 2005.
- _____. “Direito do Trabalho e Direito dos Contratos: apontamentos

relevantes sobre a Parte Especial do Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002)". In: *Revista Nacional de Direito do Trabalho*. Ribeirão Preto: Nacional de Direito, nov. 2003. v. 6. n.67.

_____. *Do contrato-promessa de trabalho no iter da contratação laboral: regime jurídico e questões conexas*. Relatório de Doutorado em Ciências Jurídicas. Lisboa: FDL, 2005.

_____. "Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo". *Jus Navigandi*. Teresina, a.10, n. 916, janeiro 2006. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7795> (acesso em 11.01.2006).

_____. *Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. "Meio Ambiente do Trabalho: aspectos gerais e propedêuticos". In: *Revista Síntese Trabalhista*. São Paulo: Editora Síntese, 2002. v. 14. n. 162 (dezembro).

_____. "Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador". *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 688, maio 2005. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6755> (acesso em 22.12.2005).

FELICIANO, Guilherme Guimarães. PORTO, Marcos da Silva. "Direito do Trabalho e direitos humanos na sociedade pós-industrial: a afirmação histórica da dignidade humana nas relações de trabalho". In: *Revista ANAMATRA*. Brasília: ANAMATRA, outubro/2003. n. 45.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIORILLO, Celso Antonio. RODRIGUES, Marcelo Abelha. NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Trad. Maria Helena Kühner. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LÜKE, Gerhard. WALCHSHÖFER, Alfred (hrsg.). *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. München: Verlag C. H. Beck, 1992. Band 1.

MALLET, Estevão. *Discriminação e Processo do Trabalho*. In: *Discriminação*. Márcio Tulio Vianna, Luiz Otávio Linhares Renault (coord.). São Paulo: LTr, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELES, Edilton. "Competência para apreciar o pré-contrato de emprego". In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 1997. v. 61. n. 10.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JR., Nelson. "O Processo do Trabalho e os Direitos Individuais Homogêneos — Um Estudo sobre a Ação Civil Pública Trabalhista". In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 2000. v. 64. n. 2.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de Urgência no Processo do Trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. “*Por uma teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação no Júri Popular*”. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 4, n. 37, dez. 1999. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1072> (acesso em 18.12.2005).
- ORSAY, Anne. “*La notion de harcèlement moral trois ans apres l’adoption de la loi du 17 janvier 2002*”. In: http://64.233.161.104/search?q=cache:b3KOru7EYOwJ:www.spirituellement.info/jack_paloque/dossiers/dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR (acesso em 23.12.2005).
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Parte I: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral — mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “*A judicialização da política*”. *Centro de Estudos Sociais/Universidade de Coimbra*, maio de 2003. In: <http://www.ces.fe.uc.pt/opinioao/bss/078en.php> (acesso em 23.12.2005).
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SOUSA, Miguel Fernando Pessanha Teixeira de. “*A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais*”. In: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm (acesso em 18.06.2004).
- SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 1997. v. I.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos (Ação Civil Pública)*. São Paulo: LTr, 1998. n. 23.
- _____. *Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho: Individual e Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. E. Higgins. Rio de Janeiro: Saga, 1967.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996.