



Revista Eletrônica
do Tribunal Regional
do Trabalho da Bahia



Ano III | nº 5 | Novembro 2014

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano III, número 5, novembro de 2014

PRESIDENTE: Desembargador Valtécio Ronaldo de Oliveira

VICE-PRESIDENTE: Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

CORREGEDOR REGIONAL: Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira

VICE-CORREGEDORA REGIONAL: Desembargadora Yara Ribeiro Dias Trindade

DIRETORA DA ESCOLA JUDICIAL: Desembargadora Luíza Aparecida Oliveira Lomba

CONSELHO EDITORIAL:

Ministro Cláudio Brandão

Desembargador Edilton Meireles

Juíza Andréa Presas

Juiz Luciano Martinez

Juiz Murilo Sampaio

Juíza Silvia Teixeira

Organização: Ana Lúcia Aragão

Editoração: Pedro Lima

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. - Ano 1, n. 1 (dez. 2012).- Salvador, 2012-

Ano 3, n. 5, dez. 2014 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-atual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

1. Direito do trabalho. 2. Processo trabalhista. 3. Jurisprudência trabalhista – Brasil. 4. Justiça do Trabalho - Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região)

CDU 34:331(81)(05)

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano III, número 5, novembro de 2014

Apresentação

Já está disponível a 5ª edição da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, com diversos artigos e jurisprudência da mais alta qualidade. Os temas revelam as tendências e os debates mais atuais na Justiça Trabalhista.

Consolida-se, assim, o papel do TRT5, por meio da Escola Judicial, de divulgar, democratizar e aprimorar os conhecimentos de todos os que aqui militam, contribuindo para uma Justiça cada vez mais eficiente.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Valtércio Ronaldo de Oliveira
Desembargador Presidente do TRT5

Sumário

Artigos

A Função Revisora Dos Tribunais Diante Da Sentença Razoável <i>Ben-Hur Silveira Claus</i>	6
Efetividade da Sentença Trabalhista e os Novos Paradigmas do Processo <i>Daniel Gonçalves Pontes Sodré</i>	27
O “Jus Postulandi” das Partes em Face da Implementação do Processo Eletrônico no Âmbito da Justiça do Trabalho <i>Érico Lima da Silva</i>	45
O Assédio Moral À Luz Da Dignidade Da Pessoa Do Trabalhador <i>Gerson Conceição Cardoso Júnior</i>	62
Legalidade e Eficiência a Administração Pública <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>	81
Liberdade Sindical e Diálogo Social <i>Julio Bernardo do Carmo</i>	92
Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em linhas gerais <i>Manfredo Schwaner Gontijo</i>	98
A Competência Material Da Justiça Do Trabalho Para Julgar Controvérsias De Apólice De Seguro De Empregado <i>Marcel Lopes Machado</i>	123
Trabalho: Valor Ou Mercadoria? <i>Patrícia Santos de Sousa Carmo</i>	134
Uma Análise Crítica da Conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho <i>Pedro Victor Vilas Boas da Silva</i>	150
A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Justiça do Trabalho. A Evolução do Entendimento do Tribunal Superior Trabalhista <i>Ronaldo Nunes Ferreira</i>	167
O Devido Processo Legal Como Solução Para A Motivação Na Despedida <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	184
Advogado Empregado Jornada de Trabalho e Dedicção Exclusiva <i>Tiago Ferreira Santos</i>	201

Decisões

RECURSO ORDINÁRIO N° 0052000-92.2006.5.05.0101RecOrd-B <i>Alcino Felizola</i>	218
PROCESSO N° TST-RR-79800-60.2008.5.02.0020 <i>Cláudio Brandão</i>	234
RECURSO ORDINÁRIO N° 0001103-05.2010.5.05.0462 RecOrd <i>Graça Boness</i>	273
RECURSO ORDINÁRIO N° 0000090-58.2012.5.05.0281RecOrd <i>Lourdes Linhares</i>	279
PROCESSO n° 0010117-61.2013.5.05.0024 (RO) <i>Luiza Aparecida Oliveira Lomba</i>	284
AGRAVO DE PETIÇÃO N° 0273700-74.1991.5.05.0002AP-B <i>Marcos Gurgel</i>	291
RECURSO ORDINÁRIO N° 0001345-72.2012.5.05.0371RecOrd <i>Paulo Sérgio Sá</i>	298
PROCESSO n° 0006195-08.2013.5.15.0000 (Oposic) <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i>	310

A Função Revisora Dos Tribunais Diante Da Sentença Razoável

Ben-Hur Silveira Claus ¹

O jurista designa uma decisão como 'defensável' quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja 'falsa', se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude. (Karl Larenz)

Resumo: O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, na perspectiva da confirmação da sentença razoável, conceito que se procura examinar. A confirmação da sentença razoável é apresentada como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais. **Palavras-chave:** Administração da Justiça. Função revisora dos tribunais. Sentença razoável. Duplo grau de jurisdição. Efetividade da jurisdição.

Sumário: Introdução. 1 A sentença razoável na doutrina - considerações iniciais. 2 A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano. 3 Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico; assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira. 4 O caso concreto é matéria prima para a justiça da solução. 5 A construção da decisão do caso concreto. 6 O juiz recria o direito. 7 Estado de Direito e discricionariedade judicial. 8 A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito. 9 A sentença razoável – considerações complementares. 10 Fundamentação “completa” x fundamentação suficiente. 11 Balizas à discricionariedade judicial. Conclusão. Referências.

6

Introdução

Em ensaio anterior, examinamos o tema da função revisora dos tribunais sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária, oportunidade em que se estudou o método utilizado pelos tribunais a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da consequente discricionariedade ínsita ao ato de julgar.

Naquela oportunidade, sustentamos que incumbe aos tribunais evoluir para uma política judiciária de confirmação da sentença razoável, afirmando não ser recomendável a reforma da sentença apenas porque não seria aquela sentença ideal que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Uma crítica produtiva logo nos foi apresentada sob a forma de pergunta: - o que é sentença razoável?

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos-RS. Juiz do Trabalho na 4ª Região-RS



A crítica é produtiva por manter em aberto a discussão acerca da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária. Além disso, tal crítica é produtiva como elemento necessário à construção de um novo conceito de recorribilidade, que se conforme à garantia constitucional da duração razoável do processo e que supere as distorções provocadas pela atual recorribilidade excessiva, que tem levado o sistema jurisdicional ao esgotamento, com direto prejuízo à efetivação dos direitos e com indireto desprestígio ao próprio Estado Democrático de Direito, que não realiza a reparação dos direitos violados em tempo hábil.

O presente ensaio tem por objetivo responder a essa questão, situando-a no âmbito do tema da função revisora dos tribunais em recursos de natureza ordinária, na perspectiva da efetividade da jurisdição.

1 A sentença razoável na doutrina - considerações iniciais

À pergunta pela sentença razoável, tem sido respondido que se trata de uma sentença aceitável, assim considerada uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável.²

A defensabilidade de uma decisão é apurada quando, embora a respectiva adequação não possa ser demonstrada de forma indubitosa, muito menos pode ser demonstrada a sua invalidade, desde que existam argumentos ponderáveis em favor de sua razoabilidade. Citado por *Karl Engisch*, *Larenz* apresenta sua concepção de sentença razoável na seguinte formulação: “O jurista designa uma decisão como ‘defensável’ quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja ‘falsa’, se há pelo menos bons fundamentos a favor de sua rectitude.” (ENGISCH, 2008, p. 273). Voltaremos a essa controvertida questão.

O fascinante tema da sentença razoável está entrelaçado com o tema da discricionariedade judicial e com o tema maior do que significa justiça. *Karl Engisch* deparou-se com essas intrincadas questões e preferiu iniciar a resposta formulando as seguintes perguntas:

Que significa ‘justiça’? Justiça unívoca, que exclui várias respostas diferentes a uma questão (que exclui, portanto, neste sentido, ‘pluralidade de sentidos’)? Ou não será talvez ‘justiça’ o mesmo que justiça individual, não será solução ‘justa’ o mesmo que solução ‘defensável’ ou algo semelhante – o que continua a deixar em aberto ainda um ‘espaço livre’ para várias respostas divergentes no seu conteúdo mas, quanto ao seu valor, igualmente justas? (ENGISCH, 2008, p. 218).

A compreensão da ideia de sentença razoável principia pelo prévio reconhecimento da incontornável ambiguidade da linguagem da lei.

² Sobretudo a expressão jusfundamental do direito.

2 A ambiguidade da linguagem da lei convoca o magistrado sartreano

A ambiguidade da linguagem costuma instalar uma pluralidade de sentidos no texto da lei. É natural que assim seja, pois o significado é sempre algo impreciso. Quanto se estuda o método para estabelecer o sentido de uma norma, o recurso aos vários modos de interpretação cumpre papel determinante, especialmente quando de sua articulada combinação, o que, contudo, muitas vezes não elimina a coexistência de mais de um sentido possível para determinada norma diante do caso concreto, e com frequência fala-se então ora no ‘espaço de jogo de significação’; ora fala-se no ‘halo do conceito’; ora fala-se no ‘espaço de livre apreciação’; ora fala-se na ‘textura aberta’ da norma; ora fala-se ‘penumbra da incerteza’; ora fala-se na ‘teoria da defensabilidade’ das decisões; fala-se na sentença razoável, na sentença aceitável, na sentença equilibrada, na sentença sensata.

A vagueza da linguagem da lei levou um grande jurista a formular a impressiva assertiva teórica de que *estamos rodeados de incertezas*. Para *Herbert Hart*, não se pode escapar da ambiguidade da linguagem em que a lei vem formulada, porquanto é da natureza constitutiva da linguagem um determinado grau de imprecisão nas suas expressões. O autor identifica aqui o fenômeno da *textura aberta da linguagem da norma*, do qual o juiz não pode se desvencilhar senão pelo recurso necessário a um juízo discricional.

Ao fazer a resenha da posição de *Herbert Hart*, *Cristina Brandão* acaba por convocar o magistrado sartreano. A figura do homem condenado existencialmente a escolher se corporifica no magistrado confrontado com o caso concreto a resolver. E isso ocorre em face da contingência de que, conforme adverte *Cristina Brandão*,

[...] a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa passa a nos guiar apenas de uma maneira incerta. Grosso modo, a regra geral apenas parece agora delimitar não mais que um exemplo dotado de autoridade. A regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias, mas há outras circunstâncias que a tornam indeterminada. A partir daí, a discricionariedade que é deixada pela linguagem pode ser muito ampla, de modo que, na aplicação da regra, o que ocorre na verdade é uma escolha, ainda que possa ser a melhor escolha, ainda que não arbitrária ou irracional. E a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses (BRANDÃO, 2006, p. 57).

Assim, o magistrado personifica no campo jurídico o homem sartreano condenado à condição existencial de ter de escolher; escolher um entre os sentidos legítimos a serem atribuídos à norma no caso concreto; escolher uma entre as soluções possíveis para o caso.

Em um construtivo esforço hermenêutico para tornar acessível a concepção de *Herbert Hart* sobre o problema da ambiguidade da linguagem no direito, a consagrada expressão da *penumbra da incerteza* é apresentada por *Cristina Brandão* como uma consequência incontornável da circunstância de que “... as leis padecem de uma insuficiência



incurável” (2006, p. 57).³ Essa insuficiência é uma consequência incontornável da natureza ambígua da linguagem.

Essa esfera de incerteza foi identificada por *Herbert Hart* como a ‘textura aberta’ da linguagem da norma, de modo que “... toda norma encontrará situações em que sua aplicação é incerta, ou seja, situações onde não está claro se a norma é aplicável ou não” (BRANDÃO, 2006, p. 60).

Enfrentada a questão no âmbito da filosofia, a ambiguidade da linguagem adquire uma dimensão ainda mais central para o problema do conhecimento. Aqui, é inestimável a contribuição da filosofia hermenêutica para a superação da filosofia da consciência:

Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica (STRECK, 2000, p. 152-53).⁴

Ao examinar a questão da imprecisão da linguagem no âmbito do direito, *Lenio Luiz Streck* afirma que “As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante unívoco ou correto de um texto jurídico” (STRECK, 2000, p. 239).

A expectativa do racionalismo iluminista de que a lei pudesse ostentar um sentido unívoco e duradouro não poderia mesmo resistir à força jurígena da dinâmica das circunstâncias de fato. Logo se perceberia que “a mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas” e que há lacunas que se manifestam apenas de forma superveniente “porque entretanto as circunstâncias se modificaram” (ENGISCH, 2008, p. 287). Além das lacunas trazidas pelo decurso do tempo e pela modificação das circunstâncias de fato, a incerteza do sentido da lei é antes uma contingência da incontornável ambiguidade da linguagem, a nos revelar que - e essa é a perspectiva em que se pode compreender o conceito de sentença razoável - não há apenas uma única solução correta no caso jurídico.

³ Cristina Brandão desenvolve o tema da discricionariedade judicial, fazendo um produtivo cotejo entre as posições de Herbert Hart e Ronald Dworkin.

⁴ A abreviatura IF correspondente à obra *Investigações Filosóficas*, de Ludwig Wittgenstein.

3 Não há apenas uma única solução correta no caso jurídico; assim como não há apenas uma única interpretação musical verdadeira

A analogia entre direito e música foi magistralmente trabalhada por *Eros Grau* para demonstrar a inaplicabilidade ao direito da idéia de uma única solução verdadeira. Isso por que o caso jurídico não opera com soluções ontologicamente verdadeiras, mas com soluções aceitáveis. Adverte o jurista que ocorre na interpretação de textos normativos algo semelhante ao que se passa na interpretação musical, afirmando que não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Bethoven: *A Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. E conclui:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebel-sky] (GRAU, 2002, p. 88).

A condição do direito enquanto ciência hermenêutica situa o conhecimento jurídico no domínio da argumentação. Assentado na noção de verossimilhança, o domínio da argumentação não se limita à dicotomia cartesiana do certo ou errado. A ilusão de verdades definitivas cede em favor de verdades provisórias. Como esclarece *Boaventura de Sousa Santos*, “[...] o domínio da argumentação é o razoável, o plausível, o provável, e não o certo ou o falso” (1989, p. 111). Entretanto, o resgate do conceito clássico do verossímil precisaria defrontar-se com a herança racionalista oriunda da modernidade instaurada com o advento da Revolução Francesa. Não se pode esquecer que o paradigma científico então proposto desautorizava a retórica enquanto forma de conhecimento: “A marginalização da retórica a partir de Descartes dá-se quando este, em *Discurso do Método*, declara que uma das regras do novo método é considerar falso tudo aquilo que é apenas provável” (SANTOS, 1989, p. 111). Um conhecimento que procede de premissas prováveis para conclusões prováveis não atende à exigência paradigmática trazida pela Revolução Francesa; de que uma ciência somente merece tal estatuto se apresentar-se construída sobre o alicerce único de silogismos da lógica apodítica.

Ao eleger uma dentre as várias interpretações possíveis, o intérprete chega a interpretação entendida como a mais adequada pela chamada *lógica da preferência*. Para *Eros Grau* não existe uma única resposta correta na aplicação do direito. No processo hermenêutico, chega-se a várias interpretações plausíveis. E como a norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*, não se cogita de uma única resposta correta. “Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estanha ao direito; no direito há apenas o aceitável. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução” (GRAU, 2002, p. 88).



Não nos sendo possível encontrar a sentença ideal, a sentença possível, entretanto, deve se revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso de que se está diante de uma sentença razoável para o caso concreto em face do direito aplicável, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.

4 O caso concreto é matéria prima para a justiça da solução

Para a construção de uma solução justa, três elementos são essenciais: a vinculação à lei, o bom senso e a singularidade do caso concreto. A afirmação de *Mauro Cappelletti* faz da diversidade fática do caso um dos três balizadores da criatividade judicial em ordem à boa decisão.

Com efeito, por se tratar de uma ciência do individual, o direito não se presta às abstratas generalizações conceituais sonhadas pelo Iluminismo e cultivadas pelo normativismo, somente podendo resgatar seus vínculos originários com a justiça quando abandona o atacado das abstrações formais e retorna ao varejo dos casos concretos, fonte genética de sua vitalidade.

Depois de demonstrar que a relação do intérprete com o texto faz da compreensão do direito uma atividade essencialmente argumentativa, *Ovídio A. Baptista da Silva* propõe a superação da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas em favor de uma “aceitabilidade racional”, construída sob inspiração do verossímil haurido ao pensamento clássico. Isso significa reconhecer importância “do caso” na conformação do Direito. Daí o resgate da concepção do Direito enquanto ciência do individual, de modo a superar-se a proposição dogmática e generalizante da ciência jurídica como uma ciência abstrata e formal (2004, p. 265).

O sentido da norma é dado no caso concreto. Em outras palavras, o sentido do direito não se revela para o intérprete quando o exame da norma é feito em abstrato. É a dinâmica social que imprime sentido às regras jurídicas existentes. A ordem jurídica ganha sentido ao ingressar no cotidiano das pessoas, de modo que o sentido do direito “somente se manifesta no momento em que as normas jurídicas são experimentadas, avaliadas e aplicadas” (PAES, 2007, p. 41).

Nada obstante a influência exercida pela concepção de *Montesquieu* acerca da função do juiz, a pretensão de reduzir atuação do magistrado à condição de mero oráculo da vontade do soberano já fixada na lei malogrou diante da ambiguidade natural à linguagem, que sempre reclamou a interpretação interditada pela Escola da Exegese. Essa interpretação se dá no caso concreto. Embora a interdição tenha sido atenuada com o desenvolvimento da filosofia do direito, pode-se dizer que essa interdição subsiste como questão hermenêutica não superada pelo positivismo jurídico. Porém, cada vez mais ganha espaço a percepção de que os juízes não se limitam a declarar o direito preexistente, mas participam da criação do direito nos casos específicos, dando contornos à ordem jurídica para superar o caráter geral, abstrato e teórico das normas, a fim de atribuir-lhes significação específica, concreta e prática.

A afirmação de *Mauro Cappelletti*, de que a matéria prima do caso concreto é um dos balizadores da solução justa, revela-se verdadeira quando se percebe que é ilusória a ideia de uma solução abstrata que se afaste do caso concreto para refugiar-se na generalidade teórica da norma. Sem reduzir a distância que separa o *standard* da norma das peculiaridades do caso específico não se pode pretender alcançar a sentença razoável. Essa aproximação é operada pelo engenho da interpretação: “A lei, como produto inacabado, está sempre a exigir a atividade interpretativa, que mediará o espaço que há entre a generalidade da lei e a especificidade dos fatos, impondo sempre atuação criativa do agente da interpretação/aplicação” (PAES, 2007, p. 47). É nesse sentido que a teoria jurídica contemporânea atribui ao magistrado a tarefa de mediar, pela interpretação, o espaço que separa o modelo normativo da situação de fato examinada: “O juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto” (COELHO, 1997, p. 43).

A sentença razoável é resultado de uma boa construção da decisão do caso concreto.

5 A construção da decisão do caso concreto

Em precioso estudo acerca da discricionariedade judicial, *Michele Taruffo* revela que a solução do caso concreto é o resultado de uma construção complexa em que fato e norma interagem numa progressiva relação dialética conduzida pelo intérprete. Fato e norma aproximam-se pelo engenho da interpretação. Daí a fecunda observação de que “no contexto da decisão de um caso particular, a ‘construção do caso’, com vistas à decisão, se verifica através de numerosas e complexas passagens entre o ‘fato’ e o ‘direito’ ” (TARUFFO, 2001, p. 434).

Fruto de recíprocas conexões estabelecidas pelo intérprete entre fato e norma, a construção da solução no caso concreto lembra a ideia de *círculo hermenêutico* (Heidegger, Gadamer), mas também faz rememorar o processo de *ida e volta do olhar* do intérprete no exame relacional dos elementos implicados no caso (Engisch). Ao destacar a intensa atividade dialética desenvolvida na construção da relação fato-norma, *Michele Taruffo* desautoriza a simplificação teórica a que o positivismo jurídico pretende reduzir a complexa operação da subsunção. O autor demonstra que a subsunção não se restringe à ideia de um simétrico acoplamento resultante de uma instantânea operação mental. Ao contrário, trata-se de uma complexa operação intelectual que se desdobra em sucessivas relações articuladas entre fato e norma, sob a presidência dos valores éticos que nos inspiram à justiça. Pondera o autor: “O que se usa chamar de *sussunzione* do fato da norma, ou correspondência entre fato e norma, é, somente, o resultado final de um particular círculo hermenêutico que liga, dialeticamente, o fato e a norma até chegar a uma correspondência entre o fato, juridicamente qualificado, e a norma interpretada com referência ao caso, no qual ela é concretamente aplicada” (2001, p. 434).⁵

⁵ Michele Taruffo fornece importante subsídio acerca dessa questão, ao esclarecer que “[...] a escolha da norma aplicável e a determinação de seu significado se verificam em direta conexão dialética com a individualização dos fatos, juridicamente relevantes; de outro lado, essa determinação dos fatos se verifica em função da norma que o juiz julga aplicável e do significado (*‘guiado’* pela referência aos fatos) que a norma é atribuído” (2001, p. 434).



Portanto, na construção da solução do caso concreto são determinantes as relações que se estabelecem entre fato e norma, num movimento circular de progressiva interação,⁶ a revelar que a discricionariedade judicial permeia todo o processo de descoberta do direito para cada caso concreto, descoberta que a experiência ordinária indica estar mais acessível ao juiz que instruiu a causa do que aos integrantes do órgão recursal colegiado.⁷ Daí decorre a polêmica afirmação teórica de que o juiz cria o direito para a situação específica.

6 O juiz recria o direito

A discricionariedade judicial não é um exercício recente na história do Direito. A pesquisa realizada por *Ovídio A. Baptista da Silva* revela que os romanos já corrigiam a lei quando da aplicação do direito ao caso concreto. Adepto da idéia de que ao juiz cabe aplicar a lei e não aperfeiçoá-la, a crítica de *Savigny* à prática dos juristas romanos é ilustrativa de que a aplicação do direito implicou historicamente certa criatividade do aplicador do direito:

Se examinarmos o uso que os juristas romanos fazem de suas próprias regras, veremos que a prática não está sempre de acordo com a teoria. Frequentemente eles ultrapassam os limites da verdadeira interpretação, para entrar no domínio da formação do direito, de modo que suas interpretações extensivas, extraídas dos motivos da lei, corrigem, não a expressão, mas a própria lei, constituindo verdadeiras inovações” (SAVIGNY, 1930, apud BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 279).

Nas restrições opostas à criatividade judicial, *Savigny* conta com um grupo numeroso de seguidores. Com efeito, a negativa de reconhecimento de poder político ao magistrado é ressaltada ainda pela posição tradicional de certos autores, para os quais “a máquina judicante é uma máquina inerte e passiva; é de sua essência ser passiva; o princípio de seu movimento não está nela; a soberania que julga não é mais senhora de seu descanso tanto quanto não é de seu movimento.” Na realidade, tais premissas – na eloquente observação de *Antonio Carlos Wolkmer* – são inteiramente falsas, pois o juiz possui papel bem maior do que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora (1995, p. 169).⁸

⁶ Esse movimento circular de progressiva interação opera como uma espiral hegeliana da dialética entre fato e norma.

⁷ A doutrina reconhece a consistência dessa assertiva: “Se, por um lado, acredita-se que a decisão judicial possa apresentar um erro, por outro, não se pode concluir que as decisões colegiadas ou proferidas em grau de revisão estão isentas das mesmas críticas. Ao contrário, todas as decisões contam com a possibilidade de vício na apreciação dos fatos e do direito do caso. E mais, na grande maioria dos casos, é o juiz da primeira instância que está mais próximo das partes e dos demais sujeitos do processo, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial (o contato direto com os litigantes, as testemunhas, a confiança no perito, o debate judicial etc.). Com os sucessivos rejugamentos, vão se diluindo – quando não aniquilando – as vantagens dessa imediação, da oralidade, etc.” (PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 - sublinhei).

⁸ Para Antonio Carlos Wolkmer, “[...] o papel do juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social” (1995, p. 172).

Nada obstante as restrições opostas por *Savigny* e seus seguidores, a criatividade judicial é uma contingência da natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. E assim é por que “o ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá” (STRECK, 2000, p. 194).

Herbert Hart alinha-se entre os teóricos que adotam a compreensão de que o juiz cria direito novo ao resolver um caso concreto. Para o jurista inglês, a criatividade judicial é uma contingência da generalidade e abstração da lei. Para decidir, o juiz tem que escolher entre as alternativas que medram do solo polissêmico da ambiguidade da linguagem da lei. Para *Herbert Hart*, o direito somente impõe limites para a escolha (decisão) do juiz, e não a própria escolha (decisão).⁹

Quando o juiz aplica o direito no caso concreto, o faz através de um ato criativo, pois não se limita a declarar o direito preexistente na norma através de uma mecânica operação de lógica dedutiva. Vai ficando superada tanto a concepção que limita a identificação do direito à lei quanto a ideia de que o justo é algo existente *a priori*: a ideia de justiça somente pode ser haurida no contexto de determinada situação concreta. Isso por que - explica *Gadamer* - a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que se projeta em cada caso particular é essencialmente insuperável (GADAMER, 1994, apud STRECK, 2000, 197).

O juiz opera uma criativa mediação entre fato e norma, com a finalidade reduzir a distância que separa a generalidade da norma aplicável do caso concreto. Nesse processo de aproximação, são necessárias várias passagens discricionais do fato à norma e vice-versa, para que se abra ao juiz a compreensão dos sentidos a serem atribuídos à norma para assegurar-se a realização do direito no caso em particular. A síntese formulada por *Arnaldo Boson Paes* é precisa: “[...] o ato de criação do direito é um ato de concreção da generalidade do ordenamento jurídico à particularidade do caso concreto” (2007, p. 50).

Daí a afirmação de que o juiz constrói - recria o direito, nesse sentido figurado - a norma de decisão a partir da interpretação da regra aplicável na situação concreta, não se podendo pretender continuar a circunscrever a atividade judiciária à mera aplicação da técnica silogismo. A norma de decisão figura então, tal qual na clássica lição de *Hans Kelsen*, como a regra que regulará determinado conflito, embora o jurista alemão prefira a formulação teórica de que a sentença fundada na lei é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em conclusão, é a construção jurisprudencial do direito que dá robustez à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo. O juiz cumpre o importante papel de elaborar o novo direito - na criativa dicção de *Arnaldo Boson Paes* - ao redor das leis, realizando a função de impedir que o processo de cristalização do direito provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça (2007, p. 47).

⁹ Essa formulação tornou-se um clássico da discricionariedade judicial. Foi enunciada por *Herbert Hart* em conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1957, conforme revela a pesquisa de Cristina Brandão (2006, p. 86).



Contudo, é inevitável a pergunta sobre a compatibilidade entre Estado de Direito e discricionariedade judicial.

7 Estado de Direito e discricionariedade judicial

A afirmação de que a discricionariedade judicial não está em contradição com o Estado de Direito, senão que é antes condição de possibilidade para a própria realização da tarefa estatal de prestar a jurisdição, exige uma explicação introdutória. Essa explicação principia pela consideração elementar de ser a aplicação do direito um ato humano confiado pela ordem jurídica a uma determinada pessoa. Esse operador jurídico atua na sua condição existencial de ser humano no contexto social e diante do caso concreto colocado à administração da justiça.¹⁰ Vale dizer, a ordem jurídica confia a uma determinada “personalidade” a realização do direito no caso concreto. Assim, é certo que esse operador jurídico atuará enquanto indivíduo ao aplicar o direito no caso concreto – atuará enquanto “personalidade”, ainda que tal atuação não constitua o exercício de uma liberdade irrestrita, porquanto a própria ordem jurídica estabelece balizas que circunscrevem o exercício da discricionariedade judicial. Contudo, sua atuação é o exercício de uma subjetividade.

Poder-se-ia redarguir que o princípio da legalidade afastaria qualquer espaço à discricionariedade na qual pudesse o julgador transitar hermeneuticamente, na medida em que caber-lhe-ia apenas declarar a vontade do legislador mediante simples silogismo, dispensando-se a intromissão discricional de sua interpretação acerca da melhor solução para o caso concreto. Contudo, o princípio da legalidade, ainda que interpretado de forma estrita, não logra subtrair ao juiz o dever de procura pela justiça possível para o caso concreto. É que, mais do que no âmbito da formulação legislativa, “... no plano da jurisdição os homens são chamados enquanto ‘personalidades’ a modelar e aplicar o Direito” (ENGISH, 2008, p. 251).

A tentativa de subtrair a natureza discricionária ao ato de aplicação do direito mediante a exigência de uma esquemática administração da ordem jurídica através do recurso ao mecanismo do silogismo jurídico tem sido recusada, por não produzir o resultado de justiça que o senso comum reclama do direito. Como é sabido, a alteração do paradigma científico costuma ser consequência do reconhecimento do resultado social insatisfatório que o modelo teórico produz na prática cotidiana (SANTOS, 1989, p. 170).¹¹

¹⁰ H. Rupp, embora partidário da vinculação do juiz à lei, declara no *Neue Juristische Wochenschrift – NJW* (Novo Semanário Jurídico) de 1973, p. 1774: “A lei não se limita a aceitar resignadamente os subjectivismos do juiz ou do funcionário administrativo, antes tais subjectivismos são acolhidos no pluralismo do Estado de Direito como oportunidade e esperança do indivíduo de encontrar no juiz, não apenas um computador cego ou um missionário político, mas um ser humano [...]”. (Apud ENGISH, 2008, p. 273).

¹¹ Boaventura de Sousa Santos explica como um paradigma teórico pode sofrer alteração por força do resultado social que produz na comunidade: “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjetivo que tem a eficácia específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas conseqüências que produz na comunidade científica e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria” (1989, p. 170).

A utilização do formal mecanismo do silogismo tende a produzir decisões inadequadas, porquanto dissociadas das especificidades do caso concreto. Quanto mais o operador jurídico se afasta das particulares circunstâncias do caso concreto, com o objetivo de preservar o *standard* de padronização genérica da regra, para melhor acoplar a lógica mecânica do silogismo, tanto mais abstrata - por que descontextualizada do caso concreto - tende a ser a solução obtida por meio dessa esquemática subsunção formal e generalizante. É fácil compreender esse fenômeno. Uma solução orientada pela aplicação de regras abstratas, que não recolhe do contexto fático os possíveis sentidos da regra que está em questão em cada caso, tende a não alcançar a justiça conformada às particulares circunstâncias do caso.

A sociedade democrática quer o direito para almejar a justiça em cada caso. Daí a ordem jurídica conferir ao magistrado a criatividade necessária para alcançar a justiça no caso concreto em face do direito existente. Como diz *Karl Engisch*, os juízes atuam “[...] para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua ‘melhor ciência e consciência’, sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo” (2008, p. 252).

A reivindicação da Escola do Direito Livre - a discricionariedade judicial deve ser elevada a condição de um princípio geral para a conformação do direito - é apresentada por *Karl Engisch* como postulado cuja consideração apresenta na atualidade mero interesse histórico. Contudo, o autor sublinha a conveniência de que o juiz esteja menos subordinado à lei do que às especificidades do caso concreto, deixando entrever, latente, a discricionariedade ínsita ao fenômeno da aplicação do direito nas palavras seguintes:

[...] reaviva-se a cada passo a ideia de que não se deve vincular demasiado à lei o prático que a aplica ao caso individual, de que temos que lhe dar carta branca e oportunidade para dominar de forma sensata, justa e conveniente, tanto segundo a especificidade do caso como segundo a sua convicção pessoal, a situação concreta, quer se trate de um litígio judicial, quer de um problema da administração (ENGISCH, 2007, p. 252).

Em resumo, tem-se que a discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito.

8 A discricionariedade judicial é ínsita à aplicação do direito

A discricionariedade judicial tem sido concebida como o fenômeno da integração da lei existente observado nos casos concretos (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Para demonstrar que a ciência não pode prescindir da leitura retórica do processo de investigação científica, *Boaventura Sousa Santos* lembra que remonta a Aristóteles a tradição de conferir à retórica estatuto científico na produção do direito, tradição resgatada por *Chaim Perelman*. O cientista português cita *Perelman*: “É comum e não necessariamente lamentável que o magistrado conhecedor da lei formule o seu juízo em duas



etapas: primeiramente chega à decisão inspirado pelo seu sentimento de justiça; depois junta-lhe a motivação técnica” (SANTOS, 1989, p. 120).

Os verbos julgar e decidir poderiam ser compreendidos como expressões equivalentes do fenômeno da aplicação do direito. Mas não para a arguta compreensão de *Ovídio A. Baptista da Silva*. Para ele, perceber a distinção existente entre essas duas atividades do juiz é condição de possibilidade à compreensão do tema da discricionariedade judicial. Decidir é algo diverso de julgar. Diz o autor:

A discricionariedade será, necessariamente, o suporte para qualquer espécie de decisão. Quem ignora isso, não comete erro jurídico: o engano decorre de uma equivocada compreensão da psicologia humana. Julgar é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; decidir (ato volitivo) é a consequência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de ‘decidir-se’ entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer, legítimas (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 274).

A valiosa citação de *Theodor Viehweg*, feita por *Ovídio A. Baptista da Silva*, para ilustrar como se desenvolve o complexo fenômeno da aplicação do direito, permite um passo adiante na compreensão da natureza discricionária da atuação do juiz na decisão de cada caso concreto, revelando a fragilidade científica da proposta de aplicação do direito adotada pelo sistema lógico-dedutivo do silogismo e, de outra parte, preparando o terreno teórico sobre o qual podemos nos deparar com o conceito de sentença razoável de forma produtiva.

O autor do clássico *Tópica e jurisprudência* preleciona:

[...] o que de modo simplista se chama aplicação do direito é, visto de uma maneira mais profunda, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. *Engisch* falou neste sentido, de um modo convincente, ‘do permanente efeito recíproco’ e de ‘ida e volta do olhar’. *W. G. Becker* dá uma importância decisiva a este fenômeno. Partindo de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a compreensão dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito... Olhando para trás, comprova-se como do sistema jurídico-lógico, isto é, de um nexo de fundamentos intacto, não resta já quase nada e o que resta não é suficiente para satisfazer, sequer de um modo aproximado, as modernas aspirações sistemático-dedutivas. Onde quer que se olhe, encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão (Apud BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 283).

Chamado a solucionar o caso concreto sob julgamento, o magistrado inicia a progressiva descoberta do direito. Realiza uma repetida aproximação entre os fatos e as normas, recolhendo o resultado do respectivo efeito recíproco, numa espécie de conformação interativa de fatos e normas. Examina os fatos a partir das normas aplicáveis. Em movimentos circulares, volta às normas aplicáveis, já tendo lançado um primeiro olhar para os

fatos. Os fatos, por sua vez, exercem influência sobre a interpretação das normas. Então, retorna das normas aos fatos e já faz um exame mais específico dos fatos, dando vida ao movimento de ida e volta do olhar de que fala *Karl Engisch*. O olhar evolui de forma circular entre fatos e normas. Volta às normas e retorna aos fatos, num cotejo progressivo que se repete até alcançar a solução que se pareça a mais adequada - é assim a sentença razoável - para aqueles fatos diante das normas incidentes.

Assim compreendido, o processo de aplicação do direito ao caso concreto pressupõe a direta interferência da subjetividade do magistrado em todos os movimentos de aproximação entre fatos e normas, revelando a intrínseca discricionariedade do ato decisório, inclusive aquela que se faz contingência incontornável no processo de sua preparação, elaboração, evolução e conclusão. *Michele Taruffo*, não obstante sustente a necessidade de um instrumental teórico que permita sindicatá-la a razoabilidade da sentença, reconhece que “[...] a decisão é fruto de um raciocínio complicado, irreduzível a esquemas lógicos elementares, caracterizado por numerosas passagens, em que o juiz exerce amplo poderes discricionais” (TARUFFO, 2001, p. 451).

A consistente intuição científica de *Ovídio A. Baptista da Silva* acerca de a discricionariedade do juiz se tratar de uma contingência incontornável da natureza hermenêutica da ciência jurídica ganhou novo impulso teórico na obra do jurista *Arthur Kaufmann*, filósofo do direito que vinha sendo cada vez mais pesquisado pelo jurista gaúcho e que teve influência decisiva nas suas últimas obras. Além de ratificar as noções acerca da inexorabilidade da discricionariedade judicial recolhidas da obra de *Karl Engisch*, em *Arthur Kaufmann* a consistente intuição científica de *Ovídio A. Baptista da Silva* vai se confirmar pela consideração superior de que o direito nunca foi uma ciência lógica - “o direito é originariamente analógico” (KAUFMANN, 1976, p. 38).

Daí a seguinte afirmação do jurista gaúcho, recebida com o sabor de uma novidade algo libertária para os operadores jurídicos:

[...] a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’. Este é o fundamento gnoseológico que não só legitima mas determina, como um pressuposto de sua essência, a natureza hermenêutica do Direito, cuja revelação pela doutrina contemporânea conquistada, cada vez mais, os espíritos (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 285).

Ao destacar a relevância do caso concreto para a construção da solução justa, *Cândido Rangel Dinamarco* vale-se de duas expressões que sugerem a presença de discricionariedade judicial na aplicação do direito. O jurista diz que o juiz tem *liberdade para optar* entre soluções legítimas e deve fazê-lo consultando seu *sentimento de justiça*. Depois de ponderar que o “juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz”, *Cândido Rangel Dinamarco* reconhece que cabe ao juiz examinar o caso concreto e procurar a justiça do caso, utilizando



sua sensibilidade, buscando a solução no sistema jurídico e nas razões que lhe dão sustentação. Nesse trabalho, o juiz “tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça” (DINAMARCO, 1987, p. 280).

A aguda formulação adotada por *Herbert Hart* se entremostra também na percepção de *Ives Gandra da Silva Martins Filho* acerca do fenômeno da discricionariedade judicial. Se para o jurista inglês a ambiguidade da linguagem da lei impõe ao juiz a opção discricional pela escolha de determinada solução para o caso concreto, para o jurista brasileiro o caráter ordinariamente genérico da lei muitas vezes não fornece ao juiz os critérios pelos quais construir a solução específica para o caso concreto, de modo que ao juiz incumbe o dever de atribuir sentido específico à norma jurídica diante do caso examinado, num esforço interpretativo capaz de superar o caráter algo abstrato das palavras em que a norma é formulada. “Portanto, sempre que a lei não define minuciosamente a atuação do juiz, dando-lhe margem de liberdade na concretização do que se encontra genericamente tratado na lei, cabendo ao juiz dar o conteúdo às palavras abstratas do preceito, estamos diante desse campo de discricionariedade em que o juiz decidirá” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47).

Da mesma forma que *Karl Engisch* postula que reconhecamos com naturalidade que a discricionariedade judicial constitui um componente próprio ao Estado de Direito e compatível com o princípio da legalidade, ao lado do poder discricional que o direito administrativo atribui ao administrador público em determinadas situações,¹² *Ives Gandra da Silva Martins Filho* afirma que a discricionariedade é uma característica própria dos poderes estatais, que se comunica ao Poder Judiciário: “Assim, seja por previsão de faculdade, seja por impossibilidade de previsão minuciosa dos elementos em que o juiz deverá se basear para decidir, conclui-se pela existência de um poder discricional do juiz, semelhante ao do administrador, como característica comum de qualquer dos Poderes do Estado” (MARTINS FILHO, 1991, p. 47).

A discricionariedade judicial na aplicação do direito apresenta-se como uma natural consequência da complexa avaliação das circunstâncias de cada caso concreto, porquanto é sobre o terreno da singularidade de cada situação fática examinada que o juiz irá edificar - após ter por ela optado - uma solução ajustada diante do direito aplicável àquela particular situação. A lição do professor italiano *Alessandro Raselli* não é recente: “Per la complessa valutazione delle circostanze del caso singolo, il giudice dovrà tener presenti volta per volta lo scopo particolare per il quale la sanzione è comminata e quindi deciderà secondo un apprezzamento discrezionale.” (1935, p. 23).

¹² Embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, *Karl Engisch* sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito: “O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir - na minha opinião é mesmo de admitir - a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito” (2008, p. 228-29).

9 A sentença razoável – considerações complementares

A sentença razoável é aquela cuja fundamentação revela tratar-se de solução adequada em face do ordenamento jurídico e diante das circunstâncias do caso concreto, nada obstante outras decisões sejam aceitáveis para o caso. Isso porque, não se podendo cogitar de uma decisão ontologicamente ideal, “a incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão ‘justa’ seria então um ‘mal’ que se tem de aceitar” (EN-GISCH, 2008, p. 220).

Karl Engisch explicita o pensamento que o conduz à afirmação anterior, assinalando que o próprio julgador, muitas vezes, permanece em dúvida a respeito do acerto da decisão que adotou, dilema do qual, entretanto, muitas vezes não pode se desvencilhar na medida em que lhe incumbe, na aplicação do direito ao caso concreto, debruçar-se sobre as opções de soluções legítimas para a particular situação em julgamento e optar por uma delas no exercício dessa liberdade que se convencionou denominar de discricionariedade judicial, com o objetivo de alcançar a solução mais adequada – aquela que lhe pareça a mais adequada para a situação. *Karl Engisch* observa a respeito que “frequentemente o próprio autor da decisão não pode libertar-se das suas dúvidas, perguntando-se se ‘efetivamente’ toma a decisão acertada; mas dirá de si para si que pelo menos considera correcta a decisão defensável” (2008, p. 250).

Ainda que *Dworkin* esteja a circunscrever a discricionariedade judicial aos casos difíceis em artigo escrito em 2003, a seguinte passagem do ensaio de *Cristina Brandão* sobre o referido artigo auxilia na compreensão do conceito de sentença razoável. Diz a autora:

Como o próprio *Dworkin* confessa em seu artigo de 2003, os juízes têm lançado mão de princípios os mais diversos quando necessitam decidir uma causa que não encontra paradigma legal, pelo menos não à primeira vista, à primeira análise. E suas decisões, fundamentadas que são em princípios, têm a pretensão de ser a mais correta, a decisão ‘razoável’ por excelência, quando outras decisões racionais sempre são possíveis em casos difíceis (BRANDÃO, 2006, p. 85).

Sentença razoável e fundamentação suficiente são os dois pilares sobre os quais repousa a legitimidade da discricionariedade judicial. *Chaim Perelman* percebeu essa relação complementar ao assimilar a decisão aceitável à decisão justa. A solução justa não é simplesmente, como pretenderia o positivismo jurídico, pelo fato de ser conforme a lei; “será antes a ideia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória” (2000, p. 114).

Perelman não pretende uma solução ideal, fala de solução sensata. Tampouco pretende uma motivação juridicamente perfeita, fala de motivação juridicamente satisfatória. A sentença aceitável é aquela suscetível de alcançar determinado consenso. Não se exige consenso absoluto; basta um consenso satisfatório, construído no âmbito do senso comum teórico do campo jurídico por meio de uma ideia prévia daquilo que seja uma solução justa para o caso.



A relevância das singularidades do caso concreto radica em que a justiça consiste em conceber uma solução jurídica adequada para uma determinada situação em concreto. A situação em concreto é que vai conformar o contexto em que o juiz vai poder compreender, dentre os sentidos recolhidos na ambiguidade da linguagem da norma, o sentido a ser atribuído à norma aplicável para a apropriada solução do caso concreto. A compreensão do fenômeno da aplicação do direito implica a percepção de que: a) se trata de *compreender* uma situação *individual* (o caso concreto); b) que essa *compreensão* é realizada por uma *individualidade* (o juiz); c) e que essa *individualidade* não compreende senão de uma maneira própria, de uma maneira individual.

Essa relevante questão mereceu esta impressionante ilustração de *Karl Engisch*:

Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objectivo (do lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjectivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objecto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito (aquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto. Aquilo que o filósofo *Theodor Litt* disse outrora, a saber: ‘A *forma* individual não pode ser vivenciada senão por um modo individual’, ‘o que é compreendido é o individual, mas, mais ainda, ele é sempre e necessariamente compreendido de uma maneira individual’ (ENGISCH, 2008, p. 222-23).

O juiz enquanto individualidade examina uma situação individual, de modo que “a subsunção das situações concretas a um conceito assim preenchido quanto ao seu conteúdo vai de mão dada com valorações que são pessoais e ‘intransmissíveis’, que pelo menos não podem ser verificadas como sendo ‘as únicas correctas’ ” (ENGISCH, 2008, p. 266).

A sentença razoável é o resultado desse criterioso olhar pessoal com o qual o juiz se aproxima desde o fato até a norma e retorna desde a norma até o fato, em sucessivas conexões relacionais, para encurtar a distância que separa a generalidade da norma da singularidade do caso concreto.

Nesse contexto, a pretensão de exigir a denominada sentença ideal não deve se converter numa quimera para o relator, quando no exercício da função revisora em recursos de natureza ordinária; mas é o caminho mais curto – e muitas vezes inconsciente – para a reforma da sentença razoável.

10 Fundamentação “completa” x fundamentação suficiente

O exame do tema da sentença razoável não poderia relegar ao esquecimento um dos mais importantes aspectos em que se desdobra o contraste que no presente estudo se estabelece - a finalidade didática justifica essa dicotomia - entre sentença ideal e sentença razoável. Esse aspecto diz respeito à fundamentação da sentença.

É sabido que a fundamentação das decisões objetiva assegurar ao jurisdicionado e à sociedade a aferição da efetiva realização da garantia fundamental a uma prestação jurisdicional justa. Com efeito, a fundamentação das decisões é um dever constitucional do juiz e sobre o seu cumprimento repousa a possibilidade de aferição da adequação da decisão judicial no caso concreto. É na fundamentação que a sentença demonstrar-se-á razoável.

A importância da questão radica no fato de que a ilusória pretensão da sentença ideal do relator muitas vezes apresenta-se encoberta sob a inexequível exigência de uma fundamentação “completa” da sentença. Assim como não lhe basta a sentença razoável, não lhe basta a fundamentação suficiente. O resultado prático tende a ser a reforma da sentença. A exigência de uma fundamentação completa encobre muitas vezes uma prévia deliberação pela reforma da sentença razoável e pela sua substituição pela sentença ideal do relator. Sentença ideal do relator e exigência de fundamentação completa parecem faces da mesma quimera.

Mas é possível exigir uma fundamentação “completa” da sentença?

A questão é complexa. Mas a resposta parece ser negativa.

Mesmo que se pudesse afastar a relevante contingência objetiva da insuficiente estrutura judiciária frente ao volume crescente de demanda em massa por jurisdição no exame dessa questão, ainda assim a resposta parece ser negativa em face da impossibilidade de recuperarem-se todos os pressupostos hermenêuticos de qualquer decisão. Muitos elementos do itinerário hermenêutico de construção da sentença ficam pelo caminho; não foram abandonados; foram empregados nesse itinerário, mas já não aparecem na linguagem a que se reduz o resultado (a sentença). A linguagem reduz o que foi percebido. Daí a observação de *Hegel*: “o Isto dos sentidos ... não pode ser alcançado pela linguagem” (Apud ARENDT, 2002, p. 9). Ainda que quisesse, o juiz não poderia reproduzir as relações fáticas recolhidas por sua percepção sensorial, pois “nada do que vemos, ouvimos ou tocamos pode ser expresso em palavras que se equiparem ao que é dado aos sentidos” (ARENDT, 2002, p. 9).

Uma das feridas do narcisismo humano radica na constatação de que nossa racionalidade não é tão dominante quanto se imaginava até *Freud* vir desfazer essa ilusão iluminista. Nossa capacidade de explicar as coisas é menor do que se imaginava. E, de outro lado, descobrimos com a filosofia que nosso acesso à verdade é limitado e contingente. Temos que nos contentar com a verossimilhança e renunciar à quimera do acesso à coisa em si: “Fenomenologicamente falando, a ‘coisa em si’ não consiste em mais que a continuidade com que as matizações perspectivistas da percepção das coisas se vão induzindo umas as outras” (STRECK, 2000, p. 185).

Hannah Arendt formulou uma bela imagem acerca do limite de nosso acesso à verdade. Talvez possa servir à valorização da percepção transmitida pelo juiz à sentença quanto aos fatos da causa: “O mundo cotidiano do senso comum, do qual não se podem furtrar nem o filósofo nem o cientista, conhece tanto o erro quanto a ilusão. E, no entanto, nem a eliminação de erros, nem a dissipação de ilusões pode levar a uma região que esteja



além da aparência.” Se o juiz que colhe pessoalmente a prova está sujeito ao erro e à ilusão, a possibilidade de engano do relator do recurso é tendencialmente maior no que respeita à prospecção da verdade dos fatos – *rectius*, da verossimilhança dos fatos alegados. Os limites de nosso acesso à verdade no processo judicial foi identificado por *Ovídio A. Baptista da Silva* pela assertiva de que “o processo oferece *versões*, não *verdades*” (2004, p. 212).

Hoje já se compreende que não se pode, em qualquer ciência, ter acesso direto ao objeto em estudo. À lei e aos demais objetos da ciência tem-se apenas acesso indireto. Este acesso é realizado pela via do significado, através da linguagem. Não se chega ao objeto puro, chega-se ao seu significado. A lição de *Ernilo Stein* traz luz à questão, quando o professor gaúcho aborda a relação sujeito-objeto na construção do conhecimento: “[...] quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*” (STEIN, 1996, p. 19). A impossibilidade de acesso direto ao objeto em estudo decorre do fato de que o homem não tem outro caminho para aproximar-se do objeto senão aquele fornecido pela linguagem – e seus limites. E trata-se de um problema central para a própria filosofia, “porque já sempre se interpôs entre a linguagem com que nos encaminhamos para os objetos e os objetos, todo o mundo da cultura, todo o mundo da história” (STEIN, 1996, p. 18).

Na esteira das considerações filosóficas de *Ernilo Stein*, são eloqüentes as observações de *Lenio Luiz Streck* acerca dessa questão: “Somos incapazes de expor todos os pressupostos que estão no universo hermenêutico”; “algo sempre escapa” (STRECK, 2000, p. 182).

Do relator do recurso e da turma recursal é razoável alimentar a expectativa de que estão empenhados à positiva compreensão da sentença e até de seus pressupostos hermenêuticos implícitos: “Aquele que pretende compreender um texto tem que estar a princípio disposto a que o texto lhe diga algo” (STRECK, 2000, p. 190). Isso é verdadeiro também no que respeita à sentença, pois, como revela *Rui Portanova*, “é verdadeiramente impossível ao juiz ‘indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC). São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente ‘a explicação de como se convenceu’ (Barbi, 1975, p. 535) será plenamente satisfatória.” E justifica: “No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis” (PORTANOVA, 1992, p. 15).

Ao invés de postular a quimera da fundamentação completa, trata-se mais propriamente de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau,¹³ de modo a resgatar o postulado de que “a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz” (LEÃO, 2001, p. 18). Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária acerca da recorribilidade é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos, enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “um encontro espiritual com a indi-

¹³ O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas. Entre elas, está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

vidualidade que se exprime.” Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio” (ENGISCH, 2008, p. 165/66).

Se a fundamentação completa revela-se uma quimera, é na fundamentação suficiente, entretanto, que se vai poder aferir a razoabilidade da solução adotada e também o respeito às balizas que delimitam o exercício legítimo da discricionariedade judicial.

11 Balizas à discricionariedade judicial

Se a discricionariedade judicial revela-se como elemento constitutivo do ato de aplicação do direito, isso não significa, contudo, que o juiz esteja livre para deliberar apenas de acordo com sua exclusiva vontade, senão que deve exercer seu poder discricionário de acordo com os critérios de racionalidade jurídica que informam o ordenamento normativo, cujo controle realiza-se por meio da motivação da decisão adotada; garantia fundamental do cidadão (CF, art. 5º, LV e art. 93, IX). O livre convencimento é depositário da razoabilidade, não sobrevive ao aleatório e ao idiosincrático.

Pondera *Michele Taruffo*:

[...] no momento em que se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge, com particular evidência, a necessidade – típica do Estado de direito, fundamentado sobre o princípio da legalidade – que esse ato criativo se verifique conforme critérios de racionalidade, e seja reconduzível dentro do contexto – dinâmico tanto quanto se deseje – mas não isento de ordem – do ordenamento (TARUFFO, 2001, p. 456).

Para *Ovídio A. Baptista da Silva*, a discricionariedade judicial é pressuposto inerente à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito. Por conseguinte, não pode ser eliminada, como sonham os positivismos ao interditar aos juízes a criativa atividade da interpretação. Entretanto, a discricionariedade judicial está sujeita a limites. Tais limites são estabelecidos pela própria ordem jurídica e modulados pelos princípios da razoabilidade: “O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não, - uma margem de discricção dentro de cujo limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da razoabilidade, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado” (2004, p. 271).

É chegada a hora de indicar algumas conclusões.

Conclusão

Uma sentença razoável é uma sentença defensável para o caso concreto diante do direito aplicável, a qual deve se revelar legítima pela própria fundamentação, de modo que se possa estabelecer um certo consenso acerca de sua razoabilidade como solução no caso concreto, conquanto outras soluções fossem aceitáveis.



A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma *solução legítima* em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou será errada. A reforma da sentença também pode justificar-se quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Em se tratando de *sentença razoável*, a mera circunstância de não ser ela a *sentença ideal* que o relator proferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando o recurso ordinário implicar exame de matéria de fato.

Não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para realizar o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

A manutenção da sentença razoável é recomendável, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência,¹⁴ além de conhecer a realidade sócioeconômica da comunidade em que a decisão será executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúne as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, assim, para fazer justiça no caso concreto.

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato. Trata-se de ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade, comprometida com efetividade da jurisdição e com a realização dos direitos sociais.

¹⁴ A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumaríssimo trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos. Comentando o veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT, *Estêvão Mallet* desenvolve crítica consistente à ampla admissibilidade de recursos de natureza ordinária no caso de procedimento caracterizado pela oralidade, imediatidade e concentração. Diz o autor: “O texto do projeto de que se originou a Lei n. 9.957 limitava, de modo sensível, o efeito devolutivo do recurso ordinário, restringindo-o apenas aos casos de ‘violação literal à lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República.’ Aprovado no Congresso, o dispositivo proposto foi considerado excessivo, comprometendo o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição, o que serviu de pretexto para o seu veto. Com isso tirou-se da Lei 9.957 o que talvez nela houvesse de melhor. A larga permissão de recursos de natureza ordinária não se justifica em procedimento que procura privilegiar a oralidade, a imediatidade e a concentração dos atos processuais. Aliás, nada mais contrário à imediatidade e à oralidade do que o duplo grau de jurisdição. O reexame amplo da causa pelo juízo do recurso, que não participou da colheita da prova, quebra inevitavelmente a imediatidade, enfraquecendo e desvalorizando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juízo de primeiro grau e, mais ainda, a própria tarefa de apreciação direta da prova” (MALLETT, 2002, p. 98).

Referências

- ARENDDT, Hannah. **A vida do espírito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BRANDÃO, Cristina. **Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 56, jul./set. de 2006, p. 86.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. **Prefácio da obra de Martin Heidegger, Ser e tempo**. vol. 1, 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MALLET, Estêvão. **Procedimento sumaríssimo trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O poder discricionário do juiz**. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, n. 2, p. 32-48, set. 1991.
- PAES, Arnaldo Boson. **Criação judicial do direito: limites, solução justa e legitimidade**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Piauí), Teresina, v. 4, n. 1, jan./dez. 2007.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RASSELLI, Alessandro. **Il potere discrezionale del giudice civile**. v. 2. Padova: CEDAM, 1935.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 2 ed. Lisboa: Afrontamento. 1989.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARUFFO, Michele. **Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito**. Revista da Esmape – Escola da Magistratura de Pernambuco, Recife, v. 6, n 14, jul./dez. 2001.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



Efetividade da Sentença Trabalhista e os Novos Paradigmas do Processo

Daniel Gonçalves Pontes Sodré¹

Resumo: Este artigo pretende levantar discussão acerca da necessidade de estabelecer novos paradigmas, capazes de atribuir uma maior efetividade à sentença trabalhista, com celeridade e justiça, por serem estes direitos humanos processuais imprescindíveis à consecução do valor maior, a dignidade humana. **Palavras-chave:** Prestação Jurisdicional. Celeridade e Efetividade. Direitos Humanos Processuais. Execução Trabalhista. Direito Processual do Trabalho.

Abstract: This article aims to raise discussion about the need to establish new paradigms, able to assign a greater effectiveness of labor sentence, speedily and justice, because these are procedural human rights, essential to achieving the highest value, human dignity. **Keywords:** Jurisdictional Provision. Celerity and Effectiveness. Procedural Human Rights. Labour Law Decision Effectiveness. Procedural Labor Law.

Introdução

Há de se reconhecer a incansável busca dos órgãos integrantes deste ramo especializado do Poder Judiciário brasileiro em prol de uma prestação jurisdicional rápida, justa e efetiva.

É louvável o empenho do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais em implantar o PJe em todas as instâncias e comarcas trabalhistas do país, pois, apesar das resistências e dificuldades que o novo traz à realidade de seus operadores, este formato de atuação jurisdicional já vem contribuindo para uma maior qualidade e celeridade na solução dos litígios levados à sua apreciação.

No entanto, não se pode olvidar que, conforme o relatório “Justiça em Números 2012”, publicado em janeiro de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a taxa de congestionamento dos processos trabalhistas em execução ainda é muito alta, em torno de 68%. Segundo o relatório, ao analisar os dados relativos à Justiça do Trabalho no ano de 2012, constatou-se que mesmo diante da leve tendência linear decrescente entre a taxa de congestionamento de primeiro grau na fase de conhecimento e o percentual de processos de execução (http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf):

¹ Advogado. Sócio do escritório Oliveira, Pena, Cal e Sodré.

De modo geral, tem-se que a grande maioria dos tribunais possui taxas de congestionamento relativamente altas com relação aos processos de execução, pois, além de a média encontrada entre os tribunais ser alta (de 68%), a grande maioria dos tribunais (20 tribunais, ou seja, 83%) possui taxas superiores a 60% (http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf).

De acordo com os dados do relatório analítico publicado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em seu Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2013 (<http://www.tst.jus.br/documents/10157/9243249/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+2013.pdf>), no referido ano foram encerrados 22,84% do total a executar (p. 80), o que significa dizer que 77,16% dos processos em execução continuam em tramitação, juntamente com os casos novos que ingressam nas instâncias trabalhistas na seguinte proporção (casos novos/magistrado): Varas do Trabalho – 699,15 processos; Tribunais Regionais do Trabalho – 1.157,76 recursos; Tribunal Superior do Trabalho – 8.875,70 recursos (p. 36).

Assim, mesmo com os esforços envidados por todos os órgãos desta Justiça que, segundo o professor Antônio Álvares da Silva (SILVA, 2013, p. 715), é a menos congestionada e a mais operosa, ainda estamos longe de atingir um nível pelo menos razoável de eficiência, exigindo, dessa forma, uma maior reflexão por parte dos aplicadores do direito acerca de novas medidas e posturas que podem ser adotadas, com vistas a solucionar este que é, sem dúvida, um dos mais graves problemas de efetividade das decisões juslaborais, ao ponto de fomentar na classe empresarial a adoção de técnicas de administração do passivo trabalhista, em detrimento dos trabalhadores e da própria credibilidade da Justiça do Trabalho.

Este artigo, portanto, visa contribuir para a discussão sobre novos paradigmas que podem ser adotados pela Justiça do Trabalho, com vistas a uma rápida e justa solução dos conflitos.

Direitos Humanos

É sabido que ao final da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional intensificou o processo de afirmação e universalização dos Direitos Humanos (DUDH, 1948). Para tanto, foi criado o Sistema Global de Proteção, coordenado pela ONU, bem como sistemas regionais, complementares e interdependentes (africano, europeu, americano e asiático), a fim de monitorar e controlar a efetiva implementação desses direitos.

O Brasil está inserido tanto no sistema universal (ONU), quanto no Sistema Americano de Direitos Humanos (OEA), comprometido, portanto, com o cumprimento de suas regras internas e com as normas internacionais sobre direitos humanos por ele ratificadas, que vigoram, em sua plenitude, por todo o território nacional, ex vi do art. 5º, §§1º e 2º, da CRFB/1988.

No plano global de proteção aos direitos humanos estatui-se uma ordem jurídica a ser universalmente observada, que, segundo Gabriela Neves Delgado, reflete “um patamar



civilizatório universal de direitos compartilhados pelos Estados enquanto parâmetro mínimo de proteção (DELGADO, 2013, p. 178)”.

Dentre seus mais importantes instrumentos protetivos, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (1948), a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Já os planos regionais, segundo Flávia Piovesan, citando Heyns e Frans Viljoen, refletem

(...) com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode conseqüentemente complementar o sistema global em diversas formas (PIOVESAN, 2013, p. 326).

Vê-se, pois, que os sistemas regionais são complementares, na medida em que partem dos parâmetros normativos mínimos estabelecidos pelo sistema universal, para aperfeiçoá-los, podendo, inclusive, adicionar novos direitos a serem obrigatoriamente respeitados e tutelados pelos Estados-membros.

O Brasil, como dito, está inserido no Sistema Americano de Direitos Humanos, instituído pela Organização dos Estados Americanos (OEA), cujos principais instrumentos normativos são: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969) e seu protocolo adicional, em vigor desde novembro de 1999, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais, denominado de Protocolo de San Salvador.

Dito isso, é importante pontuar que esse Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo do Direito Internacional Público, com princípios próprios, peculiares ao referencial ético assegurado nas normas que o compõem.

A concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reafirmada pela Declaração de Viena de 1993, adotou o primado do valor da dignidade humana como referencial ético da ordem internacional, pautado em uma relação de interdependência entre os ideais democráticos e o desenvolvimento social e econômico.

Essa concepção é fundada na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, pois, conforme bem leciona Valério Mazuoli, ao citar Flávia Piovesan,

diz-se universal ‘porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição’; e indivisível ‘porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade’ (MAZZUOLI, 2000).

Percebe-se, com isso, que as normas internacionais de proteção aos direitos humanos têm por objetivo estipular direitos fundamentais dos seres humanos e garantir o pleno exercício dos mesmos, de modo a criar obrigações e responsabilidades a todos que compõem a comunidade global, pois, conforme bem leciona Dalmo de Abreu Dallari,

(...) não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo (DALLARI, 2010, p. 212).

Desse modo, é possível afirmar que as normas internacionais de direitos humanos, ao ser ratificadas, ingressam no sistema jurídico nacional com o grau hierárquico equivalente ao das normas fundamentais dos Estados. E mais, segundo Valério Mazzuoli,

no que tange ao tema dos direitos humanos é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre essas mesmas fontes. Perceba-se que a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir, mesmo quando os instrumentos internacionais de proteção autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência sim de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida e totalmente diferenciada da existente no Direito Internacional tradicional (v.g., como está a prever o art. 27 da Convenção de Viena de 1969). Ou seja, o monismo internacionalista ainda continua a prevalecer aqui, mas com dialogismo. Daí a nossa proposta de um “monismo internacionalista dialógico” quando o conflito entre as normas internacionais e internas diz respeito ao tema “direitos humanos” (MAZZUOLI, 2010, <http://jus.com.br/artigos/16957/o-monismo-internacionalista-dialogico>).

Essa aplicação dialógica das normas de proteção dos direitos humanos, pautada no princípio da norma mais favorável, pode ser extraída do art. 29 do Pacto de San José da Costa Rica, do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e do art. 5o, a, da Carta da OEA, que estabelecem o primado das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, enquanto limitadores do exercício de competências dos Estados-membros, inclusive do Brasil, que as ratificou.



Dessa forma, ainda que o STF tenha consagrado a tese da supralegalidade no julgamento do RE 466.343 – contrariando todo o arcabouço normativo do sistema internacional –, há de se reconhecer o primado dos direitos humanos, que ingressam no sistema jurídico pátrio com toda a sua força normativa e eficácia interpretativa, integrativa, diretiva e derogatória da ordem jurídica interna que lhe seja contrária ou estabeleça parâmetros de proteção inferiores ao mínimo, universal ou regionalmente consagrados.

Esse é, sem dúvida, o terceiro eixo jurídico de proteção, conforme asseverado por Gabriela Neves Delgado, segundo o qual

(...) se dá especialmente pela previsão dos direitos fundamentais nas constituições, como é o caso brasileiro com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marco jurídico da institucionalização dos Direitos Humanos no País.

Como os diversos eixos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos e o que importa é o grau de eficácia dessa proteção, deve-se aplicar, em cada caso concreto, ‘a norma que ofereça melhor proteção à vítima’, adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma. No caso do Direito do Trabalho, a norma mais favorável ao trabalhador será identificada pela teoria do conglobamento.

É, porém, pela vedação a qualquer medida de retrocesso social que os Direitos Humanos demonstram seu caráter progressivo decisivo (DELGADO, 2013, p. 178-179).

Eis, portanto, um breve esboço do sistema de proteção dos direitos humanos ao qual o Brasil está inserido, e cujas normas irradiam por todo o sistema jurídico nacional, de forma direta e imediata, em sua máxima efetividade, razão pela qual todos os órgãos de manifestação do Poder do Estado devem assegurar a sua aplicação no plano interno, especialmente o Poder Judiciário, cuja tarefa precípua é assegurar a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico.

Direitos Humanos Processuais

Cabe destacar que a celeridade na prestação da atividade jurisdicional sempre foi uma incansável luta dos operadores do direito, pois a sua demora coloca em risco a utilidade prática dessa manifestação de poder do Estado, que visa declarar e realizar, imperativamente, a vontade da lei, em substituição à vontade das partes.

Isso porque uma prestação jurisdicional lenta e ineficiente termina por impedir, e até mesmo inviabilizar, o exercício de direitos materiais inerentes à dignidade humana, vez que, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual é “a regulamentação do método de trabalho adotado pelo legislador, cuja observância é necessária à eli-

minação, pelo juiz, das controvérsias surgidas no plano do direito material” (BEDAQUE, 2011, p. 14).

Daí porque o direito à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é direito assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (art. VIII e X); no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (art. 2º); na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XVIII) e no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º), de aplicação imediata em todo o território nacional não apenas por força da regra estampada nos §§1º e 2º, do art. 5º, da CRFB/1988, mas também por expressa previsão nos incisos XXXV e LXXVIII deste mesmo dispositivo constitucional, reforçado pelo comando dos arts. 125, II, 126 e 335, do CPC, 658, “d”, 712, “f”, 769 e 889, da CLT, assim como no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que preconizam o princípio do non liquet e da celeridade no andamento processual.

Ao conceituar os direitos humanos processuais, Cleber Lúcio de Almeida afirma que

(...) são os direitos que cabem a todos os homens no contexto do processo judicial, em razão da sua condição humana, e que constituem pressupostos elementares da igualdade, da liberdade e da dignidade humanas, como tais reconhecidos pelo Direito internacional dos Direitos do Homem (ALMEIDA, 2013, p. 155).

Em reforço argumentativo, o eminente Juiz do Trabalho da 3ª Região utiliza a lição de J. J. Gomes Canotilho, para salientar que

O reconhecimento pelas normas de direito internacional de direitos processuais inerentes à condição humana decorre do fato, realçado por J. J. Gomes Canotilho, de que ‘qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material’.

Com efeito, o reconhecimento de direitos humanos processuais decorre do fato de que, para a proteção integral do ser humano, não basta o reconhecimento da titularidade de direitos materiais (tutela jurídica). A proteção do ser humano, para ser integral, exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos humanos materiais (tutela jurisdicional dos direitos). A essencialidade dos direitos materiais torna essencial a sua tutela jurisdicional e os instrumentos adequados à sua realização quando não respeitados espontaneamente (ALMEIDA, 2013, p. 156).

A jurisdição é, pois, o primeiro dos direitos humanos processuais (DUDH, art. 8º e PIDCP, art. 2º), vez que uma jurisdição plena e eficaz não apenas é importante para a afirmação do poder estatal – com vistas à pacificação social –, como também reforça a sua função última de assegurar a proteção às liberdades públicas e aos direitos humanos.



No entanto, não basta uma jurisdição plena e eficaz se ela não for justa, já que não há verdadeira liberdade e igualdade sem justiça. Para tanto, como bem adverte José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva,

(...) a justiça somente será implementada na individualização da norma se esta não acarretar injustiça, tendo em vista que a ideia da justiça deve ser encontrada não diante de critérios objetivos, estipulados por quem tem o poder de editar as normas, mas na contraposição com a noção de injustiça, que é geral, de toda a sociedade, presente quando desrespeitado o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

De tal modo que a justiça é concretizada pela análise da injustiça, pois somente se poderá falar em justiça quando da inexistência de injustiça, sentimento que é de fácil compreensão por todos. A injustiça ocorre na afronta à dignidade da pessoa humana, em qualquer de seus valores ou direitos essenciais, cujo padrão geral a sociedade sabe muito bem identificar, não havendo necessidade de se recorrer ao padrão do homem (ou juiz) médio. É justo que o trabalhador fique três meses sem receber salário, sua fonte de sobrevivência? É justo que seja dispensado sem justa causa e não receba suas verbas resilitórias? Em qualquer dessas situações o juiz, como portador da justiça, tem de encontrar no sistema jurídico mecanismos para prontamente reparar a injustiça (...) (SILVA, 2011, p. 148).

Todavia, em nada adianta o direito ao processo justo se este não for célere e eficaz, pois qual seria a utilidade em assegurar direitos se estes não puderem ser efetivamente exercidos por quem os titulariza? Nenhum, por certo. Ao contrário, a demora na efetivação da prestação jurisdicional, além de afetar diretamente a credibilidade do próprio Poder Judiciário, fomenta o descumprimento das normas que compõem o estuário mínimo de proteção e defesa da dignidade humana.

Neste sentido, é o entendimento do ministro Mauricio Godinho Delgado, para quem o Poder Judiciário tem o papel de solucionar conflitos surgidos no âmbito da sociedade civil e do Estado e, ao mesmo tempo, fixar parâmetros relativamente claros acerca do sentido da ordem jurídica imperante nessas realidades sociais e institucionais (DELGADO, 2013, p. 165). Segundo o ministro,

Os dois papéis – cada um à sua maneira – cumprem o estratégico objetivo de cimentar as balizas de atuação dos distintos atores estatais e sociais, assegurando a efetividade da ordem jurídica de Direito Material e, simultaneamente, garantindo segurança às relações sociais, econômicas e culturais existentes na realidade concreta do país. Com isso estimulam o cumprimento espontâneo das normas jurídicas materiais de todos os campos do Direito, prevenindo, nessa dinâmica, a própria existência de futuros conflitos no cenário do Estado e da sociedade.

Para isso é necessário que as decisões judiciais sejam céleres, objetivas e razoavelmente harmônicas, elaboradas sempre em estrita conformidade com os comandos maiores da Constituição da República (DELGADO, 2013, p. 166).

O ministro sugere, ainda, que

Boa parte dos problemas que as nossas instituições têm, hoje, não passam mais – ao contrário do que muito se diz – pela iniciativa do parlamento, mas, sim, pela interpretação conferida pela ordem jurídica pelo Judiciário. Cabe ao Judiciário produzir interpretações que assegurem real efetividade à ordem constitucional, sob pena de graves problemas não serem jamais solucionados, sob pena, em suma, de os avanços institucionais, sociais e culturais previstos pela Constituição serem desenganadamente frustrados.

Nesse processo de interpretação, parece-me fundamental que a jurisprudência passe a dar valor efetivo aos princípios. Os princípios são realmente normativos; tal concepção é conquista de mais de sessenta anos na história do Direito e na cultura jurídica ocidental. É preciso que se passe, de fato, a reconhecer aos princípios efetiva força normativa. Não é tolerável mais que vejamos certo modestíssimo artigo de lei, certo modestíssimo parágrafo ou inciso de texto de lei inviabilizando, esterilizando, frustrando comandos firmes, lógicos, transparentes, diretos de toda uma gama impressionante de princípios jurídicos constitucionais, tal como diuturnamente ainda temos assistido em certas decisões jurisprudenciais. Notem que graves problemas enfrentados pela República desde 1988 não são solucionados exatamente porque o judiciário insiste em dar validade a certos insensatos, antissociais e corporativistas preceitos infraconstitucionais que vicejam em situação de manifesta agressão a diversos princípios e regras da Constituição (DELGADO, 2013, p. 167-168)

Como asseverado, o acesso a uma tutela jurisdicional justa, célere e efetiva é um direito humano processual, capaz de assegurar os direitos materiais inerentes à dignidade humana, compondo, portanto, o mínimo existencial, imprescindível à consecução de uma vida digna.

Direito Constitucional Processual

O neoconstitucionalismo, que tem como marco filosófico o pós-positivismo, surgiu da necessidade de conferir uma maior eficácia à Constituição, para que esta deixasse de ter uma função meramente retórica, atribuindo-lhe um conteúdo axiológico, ao dotar as normas e regras nela contempladas com o caráter da imperatividade, superioridade e centralidade dentro do sistema jurídico nacional, a fim de alcançar a máxima efetividade.



De acordo com o ministro Luís Roberto Barroso,

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a Democracia, a República e a Separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade (BARROSO, 2013, p. 272).

A Constituição Federal de 1988, enquanto norma fundamental do Estado brasileiro, ao incorporar os direitos humanos processuais, realizou uma verdadeira constitucionalização do processo judicial na medida em que definiu os princípios e garantias basilares, em prol da concretização dos direitos humanos fundamentais, com vistas à promoção da dignidade humana.

Exemplo claro disso pode ser constatado na leitura do seu art. 5º, que institui direitos e garantias fundamentais, os quais se irradiam, com sua força normativa, por todo o ordenamento jurídico pátrio.

Dentre os princípios reservados à disciplina processual podemos destacar: o princípio da legalidade (art. 5º, II); do juiz natural, independente e imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII); do acesso à justiça e à efetividade do processo e da jurisdição (art. 5º, XXXV); da decisão justa (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); da não admissão de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); da publicidade do processo (art. 5º, LX); da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV); da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII); da motivação das decisões (art. 93, IV); e do duplo grau de jurisdição (art. 92), dentre outros.

No que tange às garantias fundamentais, o referido dispositivo constitucional institui uma série de remédios processuais capazes de assegurar a defesa de direitos e deveres individuais e coletivos, tais como o direito de petição aos Poderes Públicos e obtenção de certidões, o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular.

Impende lembrar, na oportunidade, que por força da regra insculpida no art. 60, §4º, IV, da CRFB/1988, tais princípios e garantias descritos na Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais. Logo, não podem ser suprimidos ou mitigados, nem por meio de Emendas Constitucionais, pois estão inseridos no rol de direitos assegurados pela cláusula de imutabilidade absoluta (cláusula pétrea).

Percebe-se, assim, que esses direitos e garantias constitucionais disciplinam o processo judicial ao regular o próprio conteúdo das normas infraconstitucionais – dada a sua natureza normogênica –, compondo o denominado direito constitucional processual, porquanto visam assegurar condições necessárias à célere e efetiva solução dos conflitos de interesses, a partir do ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB/1988).

Portanto, a jurisdição somente estará concretizada pelo devido processo constitucional quando o processo judicial estiver conformado, estruturalmente, pela ordem jurídica, e seja utilizado como instrumento da jurisdição em consonância com os valores consagrados constitucionalmente, em especial os direitos fundamentais.

A Efetividade e o Papel do Juiz

Inicialmente, apenas para lembrar o leitor da importância dos valores contemplados em uma sentença trabalhista, convém registrar a lição do Desembargador do Trabalho Edilton Meireles, segundo a qual

Na constituição brasileira o valor do trabalho se apresenta como fundamento da República (art. 1º, IV), da ordem econômica (art. 170, caput) e da ordem social (art. 193). E tal se dá porque é através do trabalho que o homem se vê, exterioriza-se, realiza-se e se coloca diante uns dos outros, que tanto dependem da sua contribuição para o funcionamento do mecanismo social como ele depende do funcionamento deste mesmo mecanismo para adquirir os bens necessários à sua sobrevivência e a seu lazer.

Nesta trilha, o contrato de trabalho, como nenhum outro, assume relevante papel constitucional na busca pela dignidade humana. ‘Tal contrato é, pois, e provavelmente como nenhum outro, constitucionalmente condicionado, por valores assentes na ideia de dignidade humana’ (MEIRELES, 2012, p. 21-126).

Feita esta breve, mas importante digressão, cumpre lembrar que os índices apresentados na introdução, relativos à taxa de congestionamento dos processos trabalhistas em fase de execução, demonstram o descompasso entre o conhecimento dos direitos juslaborais e a sua efetivação.

Constata-se, dessa forma, que os procedimentos majoritariamente adotados para a concretização do comando sentencial trabalhista não estão condizentes com os princípios reitores do devido processo constitucional, em especial o da razoável duração do processo e o da celeridade.

Decorre daí a importância em se adotar uma nova postura, mais ativa por parte dos órgãos que integram a Justiça do Trabalho, pois uma decisão judicial que não se torna efetiva, ou seja, que não se realiza em tempo razoável, não passa de um documento com



mero valor moral e histórico, não traduzindo com fidelidade a substitutividade característica da jurisdição.

Este ativismo, no entanto, não significa uma absoluta anarquia judicial, tampouco pode desviar-se da fundamentalidade das liberdades e garantias individuais e coletivas, muito menos dos direitos humanos fundamentais assegurados no plano internacional e nacional, porquanto cabe ao Poder Judiciário, por seus órgãos, velar pelo efetivo cumprimento dos sistemas jurídico, político, social e econômico que compõem o Estado Democrático e Social de Direito inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário, conforme pontifica José Roberto dos Santos Bedaque

(...) as alterações operadas no plano do direito material não podem ser ignoradas pelo processualista, tendo em vista a necessidade de coordenação destes dois ramos do Direito. É necessário que haja instrumentos adequados à proteção dos novos direitos nascidos com a evolução social, visando a efetivá-los praticamente.

Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado a uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a valores sociais.

Existem, ainda, fatores culturais, econômicos e políticos que extravasam as fronteiras de um país. Ao determinar a renovação das relações jurídicas, fazem com que a doutrina processual se adapte à nova realidade, na busca de instrumentos adequados para a eficaz solução desses conflitos modernos supranacionais (BEDAQUE, 2011, p. 70-71).

O eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo invoca, para tanto, o princípio da adaptabilidade do procedimento (também conhecido como princípio da elasticidade processual ou da adequação formal), o qual, segundo Fredie Didier Jr., não impede

(...) antes aconselha, que se possa conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. O excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade.

Como se trata de um desvio (previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o magistrado sempre deve avisar antes às partes de sua intenção, de modo a garantir higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios da lealdade e da cooperação (DIDIER JR., 2014 <http://jus.com.br/artigos/2986/sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo>).

Galeno Lacerda, citado por José Roberto dos Santos Bedaque, sustenta que o

Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir seu objetivo há de ser, portanto, a adequação dos atos e funções processuais às peculiaridades da relação material que deles constitui objeto e sobre a qual incidem. Nesta perspectiva, claro está que a função de conhecimento, porque visa à definição do direito em concreto, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para a função cautelar, que busca a segurança da aparência dos direitos. Já se vê que a adequada ação representa o princípio fundamental, unitário e básico do procedimento, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo (LACERDA, Galeno apud BEDAQUE, 2011, p. 75).

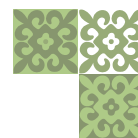
Desvela-se, assim, o ponto nevrálgico do papel do juiz no processo do trabalho, que é justamente o de estabelecer novos parâmetros processuais, adequados às peculiaridades da relação material posta à sua apreciação, com vistas à efetividade da sentença que prolata, porquanto os referenciais atuais já não são suficientes para produzir uma solução eficaz, capaz de conferir efetividade à ordem jurídica laboral, mesmo diante de todo o investimento tecnológico, operacional, humano e administrativo que vem sendo realizado ao longo dos anos.

Corroborando ao entendimento esposado, convém trazer a lume um pouco da experiência prática de Antônio Álvares da Silva, para quem

O empregador-executado sabe que prosseguir na demanda é um bom negócio para ele. Enquanto paga juros de 1% ao mês e pequena correção monetária, gira com o crédito do reclamante com juros de mercado que podem atingir até 10% ao mês. Por isto é que o saudoso mestre José Martins Catharino dizia, num dos últimos congressos que compareceu, com sua voz mansa, pausada e cheia de verdades: Empregador que paga em dia o crédito trabalhista administra mal seus negócios.

Está claro o que queria dizer: administra mal os negócios porque, não pagando e protelando, ganha muito mais. E a Justiça, que deveria impedir a fraude, é muitas vezes conivente com sua realização, porque não fornece a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Com isto salientava a leniência da Justiça do Trabalho com o executado. Em vez



de tomar medidas drásticas com os devedores do crédito alimentar, favorece pelo contrário a demanda, a ponto de fazê-la 'um bom negócio' para o executado.

Outros, geralmente empresas pequenas e médias, já anteendo o insucesso comercial, planejam fechar suas portas. Empurrando para frente o débito trabalhista, deixa livres os bens para com eles praticar a fraude. Ao reclamante, fica o ônus de suportar a longa perda de tempo e a frustração de não receber o que lhe é devido.

Portanto o intérprete e o juiz da execução têm que levar em conta estes fatores, para que não haja exploração do trabalhador pelo trabalho não pago com o qual o empregador faz seu 'bom negócio' (SILVA, 2013, p. 714).

Não é demais lembrar que a execução é um procedimento que visa ao cumprimento de obrigação estabelecida em título executivo judicial ou extrajudicial (art. 876 da CLT), por meio de medidas coercitivamente impostas pelo Estado-juiz, em virtude de não ter sido espontânea e tempestivamente adimplido pela parte que estava obrigada.

Cumprir registrar também que, com o objetivo de conferir maior celeridade à satisfação do crédito laboral, o legislador optou por estabelecer poucos dispositivos acerca da execução trabalhista no diploma consolidado (arts. 876 a 892 da CLT) e, nos termos dos arts. 889 e 769 da CLT, remeteu à aplicação das regras previstas na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980) e, no silêncio desta, às regras do processo comum (Código de Processo Civil), desde que não contrariem os preceitos que regem este ramo especializado do Direito.

Constata-se, assim, uma incompletude do sistema processual trabalhista, pois não há uma solução normativa expressa tratando de todas as nuances procedimentais e medidas de oposição à execução que podem ser manejadas e impugnadas, mas, tão somente, uma remissão a outros regramentos legais.

Decorre daí a questão da completude do sistema jurídico laboral, especialmente em face da própria dinâmica normativa, o que exige uma maior reflexão do aplicador do direito, levando-se em conta o fato de que a CLT foi promulgada na década de 1940, já sob a égide dos princípios da celeridade, simplicidade, conciliabilidade e informalidade, mas sob os auspícios do CPC de 1939, razão pela qual a adoção supletiva de normas estranhas à legislação trabalhista não pode desvirtuar o processo do trabalho, ao revés, deve atribuir maior eficácia ao sistema em busca da máxima efetividade dos direitos trabalhistas.

Com a edição da Lei de Execuções Fiscais, no ano de 1980, esta norma especial passou a reger, de forma supletiva, as execuções trabalhistas, enquanto o Código de Processo Civil, com sua reforma ocorrida em 1973, continuou suprimindo o vazio deixado pelo diploma consolidado e pela Lei nº 6.830/1980, mas sempre com esteio nos princípios que norteiam a execução trabalhista, quais sejam: princípio da utilidade para o credor, da igualdade das partes, da economicidade, da patrimonialidade, da limitação expropriatória, da maior coincidência específica (ligada às obrigações de fazer e não fazer), do impulso oficial, e da livre disponibilidade para o credor (que se desdobra na iniciativa da execução provisória; no direito de prelação – art. 612 do CPC; no direito de o credor indicar à pe-

nhora bens do devedor – art. 475-J do CPC; e na possibilidade de o executado desistir da execução – apesar da discussão doutrinária acerca da possibilidade de o credor trabalhista poder desistir da execução ou apenas dos atos executivos).

Todavia, com a edição da Lei nº 11.232/2005, que alterou sensivelmente os capítulos dedicados à tutela executiva, completou-se a terceira fase de reforma do Código de Processo Civil, em busca da maior eficiência e presteza da atividade jurisdicional, fazendo surgir a necessidade dessa nova postura do aplicador do direito – proposta no presente artigo –, com vistas à atualização da interpretação dos textos legais, a fim de alcançar uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, no sentido de concretizar os novos valores estabelecidos pela sociedade, com as alterações inseridas no diploma de ritos.

Não se pode olvidar que se o diploma processual civil, que rege as relações jurídicas travadas entre pessoas iguais, prevê, por exemplo, a possibilidade de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade, em sede de execução provisória (CPC, art. 475-O), com muito mais razão será a sua incidência na seara trabalhista, onde a hipossuficiência do trabalhador é presumida, em razão da subordinação econômica que existe em face de seu empregador.

Ademais, como dito, os créditos perseguidos pelos trabalhadores possuem natureza alimentar por serem imprescindíveis à sobrevivência destes e de seus familiares, exigindo, assim, uma atuação mais ativa e contundente por parte do Juiz do Trabalho.

À luz da máxima efetividade dos comandos jurisdicionais prestados com exclusividade e de forma impositiva pelo Estado-juiz, a decisão judicial deve ser plenamente cumprida pelo empregador – principalmente em razão do seu caráter de crédito privilegiado –, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário.

Por isso, se necessário for, deve ser aplicada de ofício pelo julgador, segundo lhe faculta o comando da regra inserta no art. 878 da CLT (a qual não restringe a sua ocorrência à hipótese de execução definitiva), independente da prestação de caução prévia, a regra contida no art. 475-O, §2º, I, do CPC, já que a necessidade é presumida, desde que observado o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo.

Pelas mesmas razões e fundamentos, é plenamente possível a aplicação da regra inserta no art. 466 do CPC, que dispõe sobre a hipoteca judiciária, assim como a penhora de dinheiro em sede de execução provisória, já que o art. 475-O do CPC é expresso ao estabelecer que a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva. Vale dizer, não existe qualquer dispositivo legal capaz de impedir a penhora de dinheiro na execução provisória. Trata-se de uma construção jurisprudencial (Súmula nº 417, III, do TST), que pode ser perfeitamente revista, em prol da celeridade e efetividade, à luz da dignidade da pessoa humana.

A multa do art. 475-J do CPC também representa um acréscimo legal ao comando sentencial, capaz de estimular o cumprimento espontâneo do título judicial, juntamente com a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, com força nos arts. 389 e 404 do CC.



A velha discussão da impenhorabilidade absoluta dos bens descritos nos incisos IV e X do art. 649 do CPC, deve ser revista, à luz da dignidade humana, por meio da aplicação analógica do limite previsto no §1º do art. 1º, da Lei nº 10.820/2003, pois não é razoável, nem isonômico (art. 5º, caput, da CRFB/1988), garantir às instituições financeiras o recebimento do fruto decorrente de sua atuação especulativa e não conferir a mesma segurança ao trabalhador que necessita do crédito para sobreviver.

Também deve ser imposta a multa prevista no §2º-A do art. 22 da Lei nº 8.036/1990, a ser convertida em proveito do trabalhador, em caso de mora no recolhimento do FGTS, por culpa do empregador, consoante já decidiu o TRT da 5ª Região, sob os seguintes fundamentos:

Esse pedido deve ser acolhido, já que essa multa, conforme se infere do dispositivo mencionado, deve ser depositada na conta vinculada do empregado, incorporando-se ao seu patrimônio. Em verdade, tal multa tem natureza de cláusula penal (art. 408 do CC/2002), ainda que prevista em lei e não, contratualmente.

Outrossim, não se pode tê-la como de natureza administrativa. Isso porque, em verdade, as multas administrativas aplicáveis à espécie são aquelas previstas nos arts. 23 e 24 desse mesmo diploma legal, que são revertidas em favor da Fazenda Pública em caso de descumprimento das normas relativas ao FGTS por parte do empregador ou do banco depositário.

Entender que a multa referida no art. 22 da Lei n. 8.036/90 tem natureza administrativa, tal como aquela prevista no art. 23 (devida pelo inadimplente em favor da Fazenda Pública), seria concluir que o empregador está sujeito à dupla sanção pelo mesmo fato, em verdadeiro bis in idem.

Assim, data venia, parece-me que a mais razoável interpretação que se possa ter da Lei n. 8.036/90, quando trata das diversas penalidades estabelecidas nos seus arts. 22 a 24, é a de que aquela estabelecida no art. 22 tem como credor o trabalhador prejudicado com a inadimplência do FGTS.

Desse modo, na sistemática dada pela Lei n. 8.036/90, o empregador fica sujeito a pagar multa de 5% ou 8% em favor do empregado, em caso de mora nos depósitos do FGTS (§ 2º do art. 22) e a pagar pena pecuniária em favor da Fazenda Pública, após a competente atuação fiscal (art. 23).

Por fim, o banco ou agente arrecadador dos depósitos do FGTS fica, ainda, sujeito a pena pecuniária de 10% do montante dos depósitos em caso de descumprimento ou inobservância de quaisquer obrigações que lhe compete (art. 24 da Lei n. 8.036/90).

Desse modo, devemos acolher a pretensão do reclamante. (Recurso Ordinário Nº 0000403-51.2011.5.05.0023 -RecOrd Relatora: Desembargadora Marama Carneiro. Redator: Desembargador Edilton Meireles. 1ª Turma. DJe 24.08.12 <https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumento-con?id=10112082300807746980&municipio=1> - Acesso em 02.09.2014, às 11h34min.)

Eis, portanto, paradigmas iniciais que podem, perfeitamente, ser adotados pelo Juiz do Trabalho, com força no entendimento cristalizado no princípio da adaptabilidade do procedimento e no Enunciado nº 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, o qual estabelece que,

À luz dos princípios da instrumentalidade, da efetividade e da vedação ao retrocesso, e diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito, tais como as novas regras relativas ao cumprimento de sentença, mas sempre observados os princípios norteadores do processo laboral.

Há de se ressaltar, por fim, que a forma de execução menos gravosa ao executado não pode se sobrepor aos princípios que regem o sistema juslaboral, tampouco aos comandos legais, muito menos ser aplicada sem levar em consideração a importância vital do crédito trabalhista. Por este princípio, existindo outros meios de execução, deve-se optar pelo menos gravoso, sem, no entanto, prejudicar a execução e o trabalhador.

Todavia, cabe ao magistrado, observado o princípio da razoabilidade e imbuído do espírito de justiça e equidade, atentar para a proporcionalidade entre o ato a ser determinado, o bem jurídico tutelado e as consequências da medida adotada em relação ao executado e ao exequente.

Considerações finais

O valor da dignidade humana é o referencial ético de todo o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, os quais, em sua universalidade e indivisibilidade, se irradiam com supremacia por todo o ordenamento jurídico pátrio, incorporando-se na condição de direitos humanos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a fundamentalidade do valor social do trabalho, por ser este o meio de sustento da vida e das necessidades básicas e, principalmente, por ser a atividade mediante a qual o indivíduo afirma a sua própria identidade, para si e para toda a sociedade, atribuindo concretude ao valor dignidade humana.

Para garantir a integral proteção desses direitos materiais, o sistema protetivo universal, regional e nacional estabelece direitos humanos processuais que estão incorporados à Lei Fundamental brasileira desde 1988.

O direito a uma jurisdição justa, célere e efetiva é, no entanto, um direito constitucional processual que infelizmente a Justiça do Trabalho ainda não conseguiu assegurar



com plenitude, uma vez que a taxa de congestionamento dos processos em execução na seara trabalhista ainda é muito alta, apesar de todo o investimento tecnológico, operacional, humano e administrativo que vem sendo feito ao longo dos anos.

Constata-se, com isso, que os procedimentos que estão sendo adotados para a concretização do comando sentencial trabalhista não estão condizentes com os princípios reitores do devido processo constitucional, em especial o da razoável duração do processo e o da celeridade, demandado uma nova postura, mais ativa e contundente por parte dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho, sob pena de atingir graus mais elevados de descrédito por parte de seus jurisdicionados.

Este ativismo judicial, pautado no princípio da adaptabilidade do procedimento, cobra do magistrado a adoção de instrumentos adequados à proteção dos direitos laborais, capazes de solucionar o conflito, de forma célere e efetiva.

Para tanto, a própria incompletude do sistema processual juslaboral permite ao Juiz do Trabalho aplicar supletivamente à execução trabalhista novos paradigmas já existentes no ordenamento jurídico, dentre os quais destacam-se os dispositivos dedicados ao cumprimento de sentença e à tutela executiva, incorporados ao Código de Processo Civil por força da Lei nº 11.232/2005; assim como a condenação ao pagamento da multa do art. 475-J do CPC; de honorários advocatícios (com esteio nos arts. 389 e 404 do CC); da multa do §2º-A do art. 22 da Lei nº 8.036/1990, dentre outros.

É preciso, também, reavaliar o processo de interpretação das normas, valorizando os princípios constitucionais, para lhes atribuir efetiva força normativa. Nesse aspecto, a Lei nº 13.015/2014 – que ainda precisa ser regulamentada – poderá auxiliar no processo de (re)uniformização jurisprudencial por parte dos Tribunais.

Lanço, pois, essa proposta que ainda exige maiores reflexões e discussões, com a urgência e a seriedade que o assunto reclama, não com um olhar crítico e difamante, mas com o intuito de ajudar a melhorar a prestação jurisdicional, pois acredito na Justiça do Trabalho e miro no espelho de muitos Juízes nos quais tenho o prazer de enxergar pessoas que trabalham diuturnamente em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e discriminação.

Referências

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes no processo judicial**. São Paulo: LTr, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho: direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2986>>. Acesso em 1 set. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Revista Eletrônica 21. Planalto, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_21/artigos/art_valerio.htm. Acesso em 30.08.2014, às 9h40min.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O monismo internacionalista dialógico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2565, 10 jul. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/16957>. Acesso em 29.08. 2014.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: por um processo socialmente efetivo**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Portal do CNJ. **Justiça em números**. 2013, http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em 29.08.2014, às 9h32min.

Portal do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho**. 2013, <http://www.tst.jus.br/documents/10157/9243249/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+2013.pdf>. Acesso em 29.08.2014, às 9h46min.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35.

SILVA, Antônio Álvares da. **Estudos Aprofundados: Magistratura do Trabalho: breves reflexões sobre a execução trabalhista**. Organizadores MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2011.



O “Jus Postulandi” das Partes em Face da Implementação do Processo Eletrônico no Âmbito da Justiça do Trabalho

Érico Lima da Silva¹

Resumo: O acesso à Justiça sempre foi um dos temas mais caros ao Direito, tendo em vista ser este um requisito essencial para a construção de uma sociedade democrática e igualitária. Nesse contexto, o Processo do Trabalho se encontra em uma posição singular, devido as partes possuírem o chamado “jus postulandi”, entendido como a capacidade postulatória da própria parte de atuar na Justiça do Trabalho desassistida por um advogado, para postular e/ou defender seus direitos. Devido ao crescente número de processos e a permanente necessidade de se promover a prestação jurisdicional de forma mais célere e eficaz, teve início um movimento de informatização da Justiça brasileira, incluindo a do Trabalho, cujo objetivo final era a implementação do processo judicial eletrônico. Ocorre que isso traz sérias implicações, uma vez que exigências procedimentais e de ordem técnica, a exemplo da necessidade do uso de certificação digital, mudaram dramaticamente a forma como partes, servidores, advogados e juízes têm que se comportar. O presente trabalho aborda a forma como o “jus postulandi” das partes dialoga com a inovação trazida pelo processo eletrônico. O objetivo final é verificar se a adoção do processo judicial eletrônico acabou na prática com a possibilidade das partes atuarem de forma autônoma na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: “Jus postulandi” das partes. Processo eletrônico. Acesso à justiça.

Considerações iniciais

O acesso à Justiça sempre foi um tema dos mais importantes no Direito, tendo em vista a permanente necessidade de tornar a prestação jurisdicional promovida pelo Estado mais célere e eficaz.

Discorrendo sobre esse contexto, afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 39)

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Em nosso país, tal preceito encontra-se positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. “Proclamou, com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao Judiciário. Assim, a lei não pode condicionar o ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas [...]”. (CUNHA JR., 2010, p. 699)

Quando se fala em acesso à Justiça, o Processo do Trabalho se encontra em uma posição singular, devido a possibilidade das partes atuarem em juízo sem o auxílio de um advogado, possuindo o chamado “jus postulandi”. Segundo Mauro Schiavi, “Sob o aspecto processual, o jus postulandi é a capacidade de postular em juízo conferida à própria parte na Justiça do Trabalho [...]”. (SCHIAVI, 2014, p. 308) Tal dispositivo se encontra expresso na Consolidação das Leis do Trabalho através do artigo 791, que afirma que “ Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Levando-se em conta que a CLT é um diploma legal do ano de 1943 e a nítida desigualdade de posições existente entre empregador e empregado, constata-se que tal regra tem a função precípua de facilitar a busca deste pelos seus direitos, visto ser o empregado, de forma geral, a parte hipossuficiente na relação de emprego. Nesse sentido:

Há relações jurídicas em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, conseqüentemente, em posição de equivalência contratual. Diante dessas relações, a atuação estatal esperada é exatamente a de não privilegiar um contratante em detrimento de outro. Esse figurino contratual, entretanto, não pode ser conservado quando evidente a dessemelhança de forças ou de oportunidades entre os sujeitos das relações contratuais. (MARTINEZ, 2012, p. 84)

Atualmente, boa parte da Justiça, incluindo a do Trabalho, está migrando ou já migrou para um novo paradigma processual, com a implementação do processo eletrônico e o gradual abandono do processo em papel. Tal fenômeno está gerando profundas transformações e afetando sobremaneira a forma como todos os envolvidos (partes, advogados, juízes, servidores) interagem com a Justiça. No próximo tópico isso será abordado de forma mais aprofundada, com ênfase nas razões pelas quais está ocorrendo a implementação do processo eletrônico e os reflexos que isso traz.

Processo Judicial Eletrônico e Novos Paradigmas Processuais

Razões que motivaram a criação do Processo Judicial Eletrônico

No Brasil, todos os anos, milhões de novos processos são ajuizados. Somente o TST (Tribunal Superior do Trabalho) recebeu, em 2013, 301.329 processos, 27% a mais do que no ano de 2012, quando esse montante foi de 237.281. Desse total, 238.801, 79,2 %, foram recursos oriundos dos TRTs, 843, 0,3%, foram Ações Originárias, 50.804, 16,6%, foram Recursos Internos, e 11.601, 3,9%, foram Recursos de Revista e Recursos Ordinários De-



correntes do provimento do Agravo de Instrumento. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2013) Diante desse quadro alarmante, diversas iniciativas foram tomadas para atenuar o congestionamento que tomou conta do Poder Judiciário, sendo uma das mais importantes a implementação do processo eletrônico, instituído pela Lei nº 11.419/2006.

O processo eletrônico propõe-se a inaugurar um novo paradigma, com o processo se desenrolando em suas diversas etapas através dos meios digitais (internet), em detrimento do meio tradicional, que seria o papel. Essa mudança visa principalmente trazer maior celeridade, reduzindo o tempo médio de tramitação das ações judiciais.

Todo processo, toda lide, surge da necessidade de se dar resposta a um determinado conflito. Quando duas ou mais partes (pessoas físicas, jurídicas, órgãos do Estado, entre outros) não se entendem, não chegam a um acordo sobre determinada questão, instaura-se um conflito. Cabe então ao Estado-juiz, no exercício da jurisdição, aplicar/interpretar o direito e por fim àquela pendência.

O processo é, pois, o instrumento através do qual o direito se evidencia. É através dele que as partes se manifestam, produzem provas, apresentam testemunhas, enfim, que levam ao Estado-juiz os fatos, argumentos e evidências que gostariam que fossem levados em conta pela autoridade julgadora quando da prolação da sentença. Daí o motivo de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmarem em sua obra Teoria Geral do Processo que “o processo é um instrumento a serviço da paz social”. (2011, p. 47)

É nesse contexto, do processo como um instrumento indispensável para a devida aplicação do direito e do absoluto descompasso entre a quantidade de ações que entram e as que saem do Poder Judiciário que é criado o processo eletrônico, como uma tentativa dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo, disposto da seguinte forma no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com efeito, existe um ditado popular que diz que a justiça tarda, mas não falha. Este trabalho discorda dessa afirmação, alinhando-se a uma idéia diametralmente oposta, a de que justiça tardia não é justiça. De que adianta, por exemplo, sair vitorioso em uma ação judicial depois de longos anos de litígio e ainda ter que enfrentar outro considerável lapso de tempo para que a sentença seja efetivamente executada? Será que o processo já não terá perdido o objeto? Será que essa sentença prolatada após longos anos ainda trará algum benefício real para o vencedor?

As razões desse cenário de morosidade são várias. Uma das principais é a baixa proporção entre o número de juizes e habitantes encontradas no Brasil, principalmente em relação a países europeus. Na União Europeia, a média é de 17,4 juizes para cada 100 mil habitantes, enquanto no Brasil a média é de apenas 8,7 juizes para cada 100 mil habitantes, ou seja, exatamente a metade. (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2013)

Outras razões também são muito impactantes, como o déficit de servidores nas justiças federal, trabalhista e principalmente nas justiças estaduais, e também a precária infraestrutura em que muitos tribunais operam, com diferenças muito significativas entre as instalações da justiça federal e das justiças estaduais.

Por fim, pesa também o fato do Brasil não possuir uma tradição efetiva de conciliação, o que muitas vezes poderia evitar que mais um processo chegasse a Justiça. É preciso que se faça um trabalho muito forte para mudar esse quadro, sendo que uma das iniciativas mais importantes nessa direção são as Semanas Nacionais de Conciliação, coordenadas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça. É necessário ressaltar também que a Justiça do Trabalho ocupa uma posição de vanguarda nesse campo, em função da CLT prever, em seus artigos 846 e 850, a obrigatoriedade do juiz propor a conciliação das partes duas vezes, a primeira vez logo na audiência inicial e a segunda vez após a audiência de instrução, antes das razões finais.

Os benefícios trazidos pelo sistema PJe, adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário, são os seguintes:

O PJe possibilitará uma maior celeridade no andamento dos processos, pois várias etapas burocráticas existentes na tramitação dos processos físicos nas Varas Federais, como carimbos, juntadas de petições, etc. deixarão de ser necessárias. Além disso, haverá uma grande economia de recursos, especialmente diante da diminuição na utilização de papel. Por conta disso, até mesmo os custos suportados pela União Federal para a tramitação dos processos deverão ser gradativamente reduzidos. Outra vantagem que pode ser destacada é a maior facilidade que os advogados terão para consultar todas as peças do processo no sistema, o que poderá ser feito pela própria Internet. Além disso, poderão apresentar petições, também via Internet, onde quer que estejam. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014)

Nesse mesmo sentido, afirmando que a implementação do processo eletrônico não se trata de uma medida pueril e sim de uma mudança de paradigma focada em um objetivo específico, afirma o jurista Fernando Botelho:

Deve haver um propósito na instalação do processo eletrônico nos serviços judiciários. Como meio – jamais fim em si mesmo – ele demanda identificação segura e clara da finalidade que o justificará e que demandará alteração da estrutura e do paradigma atual, para sua implantação. Afinal, não se processa tamanha re-estruturação de serviços públicos essenciais, como os judiciários, que incluirá a necessidade de re-treinamento e re-adaptação da mão-de-obra interna e externa à justiça, re-direcionamento de investimentos em recursos de tecnologia da informação, alteração de métodos e estratégias gerenciais de pessoas e procedimentos, sem que haja um claro objetivo, seguramente identificado com o melhor propósito de atendimento do interesse público, que deve estar submetido a razões imperiosas e justificadoras da alteração. (BOTELHO, 2007)



Toda mudança gera incerteza, medo e insegurança, visto envolver abandonar algo consolidado e dar um passo rumo ao desconhecido. É necessário coragem e determinação para enfrentar os novos desafios que virão, para abandonar as velhas soluções e testar novas. Mudar, por si só, não implica necessariamente uma evolução, uma melhora, mas na maioria das vezes mudar significa inovar. É a inovação trazida pelo processo eletrônico e todas as quebras de paradigmas dela decorrente que serão abordadas no próximo tópico.

A inovação trazida pelo Processo Judicial Eletrônico

Atualmente, o mundo caminha cada vez mais para uma espécie de “virtualização” das relações sociais e do cotidiano. A família e os amigos estão nas redes sociais, questões relacionadas ao trabalho são discutidas por e-mail, o dinheiro em papel dá lugar aos cartões de crédito e débito como formas preferenciais de pagamento, entre outros.

Discorrendo sobre esse cenário de virtualização, afirma Pierre Lévy:

Um movimento geral de virtualização afeta hoje não apenas a informação e a comunicação mas também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência. A virtualização atinge mesmo as modalidades do estar junto, a constituição do “nós”: comunidades virtuais, empresas virtuais, democracia virtual... Embora a digitalização das mensagens e a extensão do ciberespaço desempenhem um papel capital na mutação em curso, trata-se de uma onda de fundo que ultrapassa amplamente a informatização. (LÉVY, 1996, p. 11)

Uma das facetas mais relevantes desse processo é o crescente emprego dos meios digitais para se interagir com o mundo. Com efeito, cada vez mais lê-se livros, revistas e jornais digitais em detrimento de suas versões impressas. Em 2013, o jornal mais antigo do mundo, o Lloyd's List, fundado em 1734 em Londres, deixou de circular em versão impressa, passando a existir somente em versão digital. Sobre esse fenômeno, aduz Pierre Lévy:

O leitor de um livro ou de um artigo no papel se confronta com um objeto físico sobre o qual uma certa versão do texto está integralmente manifesta. Certamente ele pode anotar nas margens, fotocopiar, recortar, colar, proceder a montagens, mas o texto inicial está lá, preto no branco, já realizado integralmente. Na leitura em tela, essa presença extensiva e preliminar à leitura desaparece. O suporte digital (disquete, disco rígido, disco ótico) não contém um texto legível por humanos mas uma série de códigos informáticos que serão eventualmente traduzidos por um computador em sinais alfabéticos para um dispositivo de apresentação. A tela apresenta-se então como uma pequena janela a partir da qual o leitor explora uma reserva potencial. (LÉVY, 1996, p. 39)

O processo eletrônico pretende ser um divisor de águas para a Justiça Brasileira, buscando trazer celeridade através da adoção de novas possibilidades. Sem dúvidas, sua primeira e mais radical inovação consistiu na substituição do papel pelos meios eletrô-

cos como forma de instrumentalizar o processo. Trata-se de uma evidente mudança de paradigma. Com efeito, saem de cena as pilhas de processos, com incontáveis volumes e dezenas de milhares de folhas de papel e em seu lugar entram o computador, a internet e os arquivos digitais. Nesse mesmo sentido, aduz Fernando Botelho:

A retirada do papel – como matriz de documentação física e de portabilidade clássica dos conteúdos intelectuais que integram o valor ideológico dos processos – assinala, então, o surgimento desta nova fase, consolidando o novo fenômeno. A inovação se sintetiza, precisamente, nesta substituição: a da essência material do processo legal. Retira-se dele o veículo histórico (o papel vegetal) e adota-se, em sua substituição, sistemas e aplicações da eletrônica. Pode-se dizer, por isso e de forma inversa, que os aplicativos da eletrônica (o sistema eletrônico em si) é que passam a expressar, eles próprios, o processo in materiae. (BOTELHO, 2007)

Como consequência dessa mudança, alguns logo dizem que é mais fácil manusear o processo tradicional, impresso em papel, do que acessá-lo eletronicamente. De fato, se o processo for pequeno, isso é verdade. Mas e nos muitos casos em que o processo possui dezenas de volumes e centenas ou milhares de folhas? Com certeza é mais fácil achar aquela determinada petição ou aquele determinado documento através de uma pesquisa por palavra ou texto do que folhear incessantemente o processo em busca do que se procura. Outros afirmam, por sua vez, que a leitura através de um monitor é mais cansativa do que a leitura do texto em papel. Esse argumento também deve ser considerado, mas nesse caso a solução é muito simples. Ora, se o conteúdo do que tiver que ser lido for muito extenso, basta imprimir aquele documento específico. Aí surge a inevitável pergunta: Se é preciso imprimir, qual o sentido do processo se tornar digital?

Primeiro que a impressão de determinadas petições ou documentos será a exceção, não a regra. Segundo que o abandono do papel é apenas uma das consequências da utilização do processo eletrônico, que irá gerar muitos outros benefícios, tais como a diminuição considerável dos chamados “tempos mortos” do processo, que consistem naquele espaço de tempo que uma petição demora para ser juntada aos autos ou durante os quais ficam conclusos para despacho ou ainda quanto estão em carga com uma das partes.

Detalhando essa triste realidade, em que o trabalho meramente burocrático ocupava muito mais tempo do que o trabalho intelectual, assevera Botelho:

Pode-se dizer que, aproximadamente, dois terços do tempo total de tramitação das ações de rito ordinário dos processos judiciais brasileiros seja consumido com o chamado “tempo inútil” do processo, representado pela somatória de microperíodos destinados a juntadas (de petições e documentos, em papel), de carimbações, encadernamentos, vistas a partes/advogados, membros do Ministério Público, alojamento físico do processo em escaninhos e movimentações também físicas de andamento, com idas-e-vindas a gabinetes, escritórios e residências de juízes, promotores de justiça, e advogados. O “tempo útil” – o emprego do trabalho intelectual, em si, pelos agentes estatais incumbidos de



darem “a resposta” estatal aos conflitos (magistrados, advogados, membros do Ministério Público) - fica contingenciado à terça parte do tempo total de tramitação, numa demonstração de que a burocracia oriunda da estrutura física do processo atingiu níveis inaceitáveis para os parâmetros mínimos de eficiência da atuação estatal; constitui ônus terrível para a eficiência do serviço jurisdicional, razão, hoje, de densas críticas que recaem sobre a justiça brasileira como um todo. (BOTELHO, 2007)

Outro benefício é a possibilidade dos advogados peticionarem e terem acesso ao processo sem a necessidade de se dirigir ao cartório, poupando tempo e dinheiro consideráveis com deslocamento e despesas com estacionamento e combustível. Irão acabar também as recorrentes “discussões” entre advogados e servidores visando ter acesso aos autos ou para que ocorra a juntada de petições. Trata-se, pois, de uma verdadeira revolução em busca da celeridade, promovendo uma quebra de paradigma.

Do mesmo modo, afirmando que a eliminação do papel é um grande avanço em direção a um processo mais célere, aduz Carlos Abrão:

Fundamentalmente, a via eletrônica do processo estabelece a existência de código padrão, credenciamento, acesso ilimitado, saindo as publicações pelo Diário Oficial Eletrônico, eliminando-se por completo o volumoso saldo negativo de papéis que em nada representam efetividade processual. (ABRÃO, 2011, p. 10)

Da análise do quadro geral apresentado sobre a Justiça, conclui-se que era precisa mudar. Nessa mesma direção, assevera Botelho:

Em suma, a relação custo x benefício da justiça brasileira precisa mudar. Uma mudança heterodoxa nas vertentes que formataram as bases estruturais clássicas do judiciário brasileiro é hoje reclamada em pontos diversos da opinião pública nacional. Só o emprego da tecnologia, inspirado nas melhores práticas de países evoluídos, poderá, em curto prazo, alterar esta relação. É o que se reclama das administrações judiciárias. É o que se espera como sinal de modernidade gerencial da justiça. É, em suma, a razão fundamental pela qual surge, neste cenário, o processo eletrônico como uma alternativa, de ordem estrutural, para a busca eficiente da redução do “tempo inútil” na tramitação do processo; uma solução, a médio e longo prazo, para redução da burocracia judiciária e dos custos diretos e indiretos que a envolvem, na medida em que, resultando em diminuição da ocupação de espaços e pessoas para formatação e tramitação física das demandas, menores se tornarão as necessidades futuras de alojamento/armazenamento/guarda de feitos e reposição de grandes contingentes no serviço público judiciário. (BOTELHO, 2007)

Assim, pode-se concluir que a implementação do processo eletrônico é uma forma de inserir o Poder Judiciário nos novos tempos. Todavia, não se trata, de forma alguma, de mudar por mudar, e sim de aproveitar essa oportunidade, esse novo paradigma processual para dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo, através das novas ferramentas disponibilizadas pela modernidade.

É importante frisar ainda que este trabalho não está defendendo que o processo seja instantâneo ou que uma tramitação rápida assegure por si só um processo de qualidade. Não, o que está sendo defendido é que um processo que demore anos para ser julgado perde inevitavelmente a sua função precípua, que é a de resolver conflitos, e que o processo eletrônico, a partir das inovações que traz, pode ajudar a diminuir de forma sensível o tempo de duração de um processo, trazendo benefícios para todos. No próximo tópico, será abordado o diploma legal que trouxe essa possibilidade.

Comentários à lei do Processo Judicial Eletrônico (lei 11.419/2006)

A lei 11.419/06, publicada em 19 de dezembro de 2006, passou a vigor a partir de 19 de março de 2007 e é o diploma legal que instituiu a possibilidade de informatização do processo judicial. Conforme já explanado, a implementação do processo eletrônico visa trazer maior celeridade e efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo, sendo o paradigma processual mais adequado para a sociedade de massas em que vivemos hoje, em que a internet tem um papel de extrema relevância.

A referida lei é bastante enxuta, possuindo apenas 22 artigos, divididos em quatro capítulos, sendo estes: I – Da Informatização do Processo Judicial, II – Da Comunicação Eletrônica dos Atos Processuais, III – Do Processo Eletrônico e IV – Disposições Gerais e Finais. Na lição de Carlos Abrão, “ao delinear a Lei 11.419/2006 em 22 artigos, buscou o legislador objetividade, consistência e, acima de tudo, transparência na precisão do informe catalogado no diploma normativo. (ABRÃO, 2011, p. 8). A seguir, serão feitos breves comentários sobre os principais pontos dessa lei.

Logo em seu artigo 1º, a lei deixa evidente a admissão do “uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”, informando que tal disposição aplica-se as esferas civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em todos os graus de jurisdição. Fica evidente, portanto, que o processo eletrônico é uma nova realidade a ser aplicada em todo Poder Judiciário, não uma ferramenta a ser usada em algum nicho específico.

O § 2º do artigo 1º traz a definição dos conceitos de meio eletrônico (“qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais”), transmissão eletrônica (“toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores”) e da assinatura eletrônica, disposta em duas alíneas. A alínea “a” conceitua a assinatura digital (“baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica”). Essa lei é a Medida Provisória nº 2.200-2, editada em 24 de agosto de 2001 e que instituiu, entre outras providências, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil, já mencionada anteriormente. Já a alínea “b” dispõe que a assinatura eletrônica pode ser obtida



também “mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos”.

Nesse ponto, convém trazer a análise do jurista Petrônio Calmon, que diz:

Analisando até aqui a lei nº 11.419, poder-se-ia concluir, prematura e equivocadamente, que a alínea “b” do inciso III do art. 1º trata de uma mera opção. Fosse assim, bastava que os advogados fossem suficientemente esclarecidos e não haveria um só que optasse pela alínea “b”, que representa uma forma obscura e insegura de cadastramento. Muito melhor seria possuir um certificado digital, na forma da alínea “a”, o que facultaria ao seu titular não só a atuação em todos os tribunais e juízos do país, mas igualmente, a realização de qualquer outro tipo de negócio jurídico, com órgãos públicos e privados de qualquer parte do mundo. (CALMON, 2007, p.62)

Essa duplicidade de opções de cadastramento decorre da necessidade de estabelecer um meio do usuário comum ter acesso ao sistema, sem que seja preciso possuir um certificado digital, algo complexo e oneroso até para os advogados, quanto mais para o usuário leigo. Entretanto, diversas críticas surgiram na doutrina quanto a possibilidade de se acessar o sistema com base apenas no binômio usuário-senha, levantando-se dúvidas sobre a segurança e confiabilidade desse procedimento. O jurista Almeida Filho afirma textualmente que “não se pode, em procedimento eletrônico, nos dias de hoje, adotar login e senha”. (ALMEIDA FILHO, 2010, p. 279) É uma discussão bastante interessante, mas o fato é que é preciso sim que o usuário comum possa ter acesso ao sistema, notadamente quando se pensa em processos da competência dos juizados especiais e da justiça do trabalho, onde é admitido o “jus postulandi” das partes.

O artigo 2º estabelece a obrigatoriedade de um “credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos”, para que o sistema eletrônico possa ser utilizado. Tal credenciamento se dará mediante o comparecimento pessoal do interessado.

O artigo 3º trata da tempestividade dos atos processuais enviados pelo meio eletrônico, dispondo que “quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia”. Trata-se de um benefício para todas as partes, uma vez que haverá um ganho de tempo para a prática de atos processuais em relação ao modelo tradicional, onde o horário estava limitado ao do fechamento do protocolo das unidades judiciárias.

O capítulo II da lei trata da comunicação eletrônica dos atos processuais, afirmando em seu artigo 4º que os tribunais poderão criar um Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral. Tal possibilidade já estava prevista no artigo 2º da Lei 11.280/2006, mencionada anteriormente.

Conforme os §§ 1º e 2º do artigo 4º, esse diário eletrônico deverá ser assinado digitalmente, por questões óbvias de segurança e ‘substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal’. Será considerada como data de publicação o primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização da informação no Diário Oficial e o prazo começará a ser contado no primeiro dia útil após o que for tido como data da publicação, conforme §§ 3º e 4º. Ou seja, se a informação for disponibilizada numa segunda-feira, será considerada publicada na terça-feira e o prazo começará a correr na quarta-feira, se todos os dias forem úteis.

O artigo 5º dispõe que as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do artigo 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico”. Trata-se de uma interessante regra, possibilitando aos advogados acompanhar de forma concentrada todas as intimações de seu interesse. Ao mesmo tempo, no caso do usuário comum que tiver se cadastrado, pode não ser proveitoso ter que acessar um portal específico para acompanhar eventuais publicações.

Os §§ 1º e 2º desse artigo estabelecem ainda que a intimação ocorrerá no dia em que for efetivada a consulta ao teor da intimação e que caso essa consulta ocorra em dia não útil, a intimação será considerada realizada no primeiro dia útil subsequente. Uma disposição inovadora é a do § 3º, que instituiu um prazo de dez dias corridos contados da data do envio da intimação para que a mesma seja consultada, sob pena da intimação ser realizada automaticamente ao término desse prazo. Com isso, pretendeu a lei resguardar-se da possibilidade da pessoa interessada não efetuar a consulta da publicação, não podendo assim ser considerada intimada.

No § 5º do artigo 5º, tem-se o que deve ser feito nos casos urgentes, em que a intimação eletrônica possa causar qualquer prejuízo as partes ou em que for evidenciada alguma tentativa de fraude ao sistema, devendo o magistrado determinar que o ato processual seja realizado por outro meio que atinja a sua finalidade. O § 6º afirma expressamente que a Fazenda Pública também poderá ser citada de forma eletrônica, sendo as intimações consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

O artigo 6º estabelece que observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infractional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando. Com isso, pretende resguardar o princípio da ampla defesa, para cujo exercício é imperioso ter acesso aos autos do processo em que se é réu.

Dando fim ao capítulo II, o artigo 7º determina que de modo geral todas as comunicações do Poder Judiciário e deste com os demais Poderes deverão ser feitas preferencialmente pelo meio eletrônico. Trata-se de um artigo que exemplifica a importância conferida pelo legislador a este novo paradigma processual.

O capítulo III da lei intitula-se “Do Processo Eletrônico”. No seu artigo 8º, criticado pela doutrina pela timidez, consta a possibilidade da existência de autos parcialmente digitais, que seria uma medida a ser aplicada no período de transição entre o processo físico



e o processo totalmente eletrônico. Também é recomendado que se utilize a rede mundial de computadores (internet) como forma de acesso ao sistema do processo eletrônico.

Merece menção também o § 2º do artigo 9º, que descreve o procedimento a ser utilizado no caso de ser inviável, por motivo técnico, fazer uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação. Nessa situação, deve-se digitalizar o documento físico, que será posteriormente destruído. É uma disposição que não podia faltar na lei, uma vez que toda implementação de um novo sistema traz algumas dificuldades técnicas, que geralmente são resolvidas com o tempo e com o uso contínuo.

O artigo 10º deixa claro que as petições protocoladas eletronicamente por advogados públicos e privados serão processadas automaticamente, não necessitando da intervenção do cartório ou secretaria judicial, gerando um recibo que obviamente deve ser guardado pelo interessado. O § 2º expõe que caso o sistema do Poder Judiciário esteja indisponível por problema técnico, o prazo será automaticamente prorrogado para o dia útil seguinte ao da resolução do problema. Trata-se de uma disposição relevante, pois os usuários do sistema não poderiam jamais ser prejudicados por uma eventual falha a que não deram causa. O § 3º estabelece a obrigatoriedade do Poder Judiciário disponibilizar os equipamentos necessários (computador, scanner) aos interessados para que estes possam fazer uso do sistema, objetivando promover o acesso daqueles que não possuem esses equipamentos em casa.

O artigo 11º afirma que serão considerados originais, para todos os efeitos legais, os documentos produzidos eletronicamente e introduzidos no processo com garantia da origem e de seu signatário. Não poderia ser diferente, uma vez que o processo eletrônico reduzirá a quase zero o uso do papel. As partes poderão impugnar documentos alegando falsidade, sendo essa alegação processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor, conforme o § 2º desse artigo.

Em relação ao capítulo IV, que trata das disposições gerais e finais da lei, o artigo 14º determina que o Poder Judiciário faça uso, preferencialmente, de programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente através da internet. Essa disposição é comum quando se trata do Poder Público, uma vez que os programas com código aberto geralmente são gratuitos, economizando recursos do erário, e podem ser moldados de forma a atender da melhor forma possível aos objetivos estabelecidos pela administração.

Por fim, quanto ao restante da lei, precisa a síntese do Juiz de Direito Antonio Carlos Parreira:

Quanto ao mais, a lei em apreço: a) autorizou que os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário sejam gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico (art. 16), o que já vem ocorrendo, ao menos no Estado de Minas Gerais; b) convalidou os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data da sua publicação, desde que atingida a finalidade e não haja prejuízo para as partes (art. 19); c) determinou aos órgãos do Poder Judiciário a regulamentação da lei, no âmbito de suas respectivas competências, e d) introduziu as reformas necessárias no Código de Processo Civil, preven-

do, dentre outras, as seguintes mudanças: a procuração por meio eletrônico, com assinatura digital certificada (parágrafo único do art. 38); a possibilidade de todos os atos e termos do processo serem produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico (§ 2º do art. 154), inclusive aqueles praticados na presença do juiz, com ou sem impugnação (§§ 2º e 3º do art. 169); a assinatura eletrônica de todos os magistrados (parágrafo único do art. 164), inclusive nas cartas de ordem, precatórias ou rogatórias (§ 3º do art. 202); a impossibilidade de se usar abreviaturas (§ 1º do art. 169); a citação (inciso IV do art. 221) e as intimações (parágrafo único do art. 237) por meio eletrônico. (PARREIRA, 2006)

Encerram-se aqui os breves comentários feitos aos principais pontos da Lei 11.419/2006. O processo eletrônico é um caminho sem volta, estando implementado em boa parte da Justiça Brasileira, seja nos juizados especiais, seja na Justiça do Trabalho, Federal ou Comum. Não se podia conceber, que nos dias de hoje, século XXI, a Justiça ainda funcionasse a base de um processo totalmente físico, não usufruindo das inovações tecnológicas existentes e que em muito poderiam ajudar na resolução do secular problema da morosidade que atormenta o Judiciário.

No próximo e último tópico, será analisado o panorama atual do processo eletrônico no âmbito da Justiça do Trabalho.

Análise do panorama na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho exerce, no Brasil, um papel de extrema relevância como garantidora dos direitos previstos legalmente na CLT e também nos acordos obtidos através da chamada negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho). Dessa forma, é extremamente desejável que ela seja acessível e célere, devido a imensa quantidade de ações que recebe para julgamento todos os anos.

A implementação do processo eletrônico no âmbito trabalhista, através do sistema PJe-JT, representa uma mudança radical de paradigma, rompendo com o modelo tradicional do processo em papel, com o intuito de utilizar os mecanismos disponibilizados pela modernidade, sobretudo a internet, em benefício de um novo modelo, que ao mesmo tempo em que visa manter a acessibilidade, privilegia a celeridade.

No ano de 2010, mais especificamente na data de 29 de março, foi celebrado o Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 51/2010 entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Através desse Termo de Acordo, a Justiça do Trabalho aderiu oficialmente ao Processo Judicial Eletrônico (PJe), que tem como meta criar um sistema unificado de tramitação eletrônica de processos judiciais no país.

Desde então, a implementação do processo eletrônico vem passando por diversas fases, com inúmeros testes, criação de varas-piloto, implantação do sistema no 2º grau de jurisdição, entre outras providencias. É evidente que trata-se de um trabalho colossal, afinal de contas o Brasil possui nada menos do que vinte e quatro Tribunais Regionais do



Trabalho e mil quatrocentos e setenta e nove Varas do Trabalho, sendo que 70% delas já utilizam o processo eletrônico, com distribuição de mais de um milhão e meio de processos digitais. (CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2014) Cada uma dessas varas do trabalho possui suas peculiaridades, umas estão instaladas em capitais e cidades de médio porte com toda infraestrutura necessária, tanto humana quanto técnica, e outras estão instaladas em cidades muito pequenas, com dificuldades terríveis de acesso à internet, além da falta de pessoal qualificado e etc. Apenas recentemente, na data de 02 de julho de 2014, o TRT da 15ª Região (Campinas/SP), um dos TRT's considerados de grande porte, ao lado dos TRT's da 1ª (RJ), 2ª (SP), 3ª (MG) e 4ª (RS) Regiões, conseguiu concluir a implantação do PJe-JT em todas as suas unidades judiciárias. Em 25 de junho de 2014, o Tribunal Superior do Trabalho julgou o primeiro processo eletrônico desde a origem, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC). A reclamação trabalhista foi proposta na Vara do Trabalho de Navegantes (SC), e toda sua tramitação foi eletrônica, sem a utilização de papel. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2014)

O processo eletrônico foi regulamentado, primeiramente, em âmbito trabalhista, pela Resolução nº 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ocorre que para ter acesso ao sistema era necessário possuir a chamada assinatura digital, conforme preconiza o artigo 5º da referida resolução:

Art. 5º: Para acesso ao PJe-JT é obrigatória a utilização de assinatura digital a que se refere o inciso I do artigo 3º desta Resolução.

O conceito de assinatura digital trazido pela Resolução é o seguinte:

Art. 3º: I – assinatura digital: assinatura em meio eletrônico, que permite aferir a origem e a integralidade do documento, baseada em certificado digital, padrão ICP-BRASIL, tipo A-3 ou A-4, emitido por Autoridade Certificadora Credenciada, na forma da lei específica.

Um conceito mais completo de assinatura digital é o seguinte:

É um código anexado ou logicamente associado a uma mensagem eletrônica que permite de forma única e exclusiva a comprovação de autoria de um determinado conjunto de dados (um arquivo, um e-mail ou uma transação). A assinatura digital comprova que uma pessoa criou ou concorda com um documento assinado digitalmente, como a assinatura de próprio punho comprova a autoria de um documento escrito. A verificação da origem do dado é feita com a chave pública do remetente. (GLOSSÁRIO ICP-BRASIL, 2007, p.5)

É necessário deixar claro, primeiramente, que assinatura digital e assinatura digitalizada são coisas bem distintas. A primeira é uma tecnologia que garante através da criptografia (conjunto de técnicas utilizada para ocultar determinada informação de acesso

não-autorizado) a autenticidade e a confiabilidade do arquivo eletrônico enviado. Já a segunda é apenas uma assinatura normal, feita a mão, que foi digitalizada utilizando-se um scanner.

Tal exigência se impõe por razões de segurança e confiabilidade do sistema, porém é um golpe duríssimo no “jus postulandi” das partes, uma vez que o cidadão comum não é obrigado a possuir tal recurso, além da clara dificuldade técnica implícita para um leigo utilizar esse tipo de sistema.

Para obter a assinatura digital, é necessário escolher uma Autoridade Certificadora (AC) da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), entre as quais constam o SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados, SERASA EXPERIAN, CERTI-SIGN, AC – OAB (somente para advogados), entre outros.

No caso do PJe-JT, somente são aceitos certificados digitais do tipo A-3 ou A-4. Um certificado digital do tipo A-3 emitido pela Serasa Experian custa, segundo o site da empresa, o valor de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais), com validade de um ano. (SERASA EXPERIAN, 2014) Já aqui tinha-se então um grande empecilho financeiro para que as partes pudessem exercer o seu “jus postulandi”.

E como fica então o acesso à Justiça do Trabalho da parte que não possua advogado (artigo 791 da CLT) e que também não tenha certificado digital? O parágrafo único do artigo 5º e o § 1º do artigo 12º trazem a resposta:

Art. 5º Parágrafo único. No caso de ato urgente em que o usuário externo não possua certificado digital para o peticionamento, ou em se tratando da hipótese prevista no art. 791 da CLT, a prática será viabilizada por intermédio de servidor da unidade judiciária destinatária da petição ou do setor responsável pela redução a termo e digitalização de peças processuais.

Retornando a Resolução nº 94/2012 do CSJT, o artigo 12º determinava o procedimento a ser feito caso partes ou terceiros sem o patrocínio de um advogado quisessem apresentar peças e documentos em papel, dispondo que:

Art. 12º § 1º Partes ou terceiros interessados desassistidos de advogados poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para o recebimento, cabendo à Unidade Judiciária digitalizá-los e inseri-los no processo.

A Resolução determinava ainda, em seu artigo 17º, a obrigatoriedade dos TRT's manterem equipamentos instalados e a disposição das partes, advogados e demais interessados para consulta aos autos e envio de peças processuais e documentos pelo meio digital.



Dessa forma, mantidas as disposições desta Resolução, as partes que não tivessem certificado digital e que não fossem representadas por advogado não teriam acesso aos autos, não podendo consultá-los, o que se configura uma clara ofensa a ao direito das partes de acompanharem os seus processos.

A Ordem dos Advogados do Brasil manifestou-se diversas vezes no sentido de que também fosse permitido o acesso ao sistema do processo eletrônico através de usuário (login) e senha, possibilitando que as partes e advogados pudessem visualizar os autos dos processos sem a necessidade de certificado digital.

Atento a esse cenário e no intuito de aprimorar cada vez mais o processo eletrônico no âmbito trabalhista, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou, muito recentemente, em maio de 2014, a Resolução nº 136/2014, que, conforme o artigo 62, revogou de forma expressa a Resolução nº 94/2012.

Essa nova resolução traz algumas mudanças bastantes interessantes em relação a resolução anterior, dispostas a seguir:

Art. 5º: Para acesso ao PJe-JT é obrigatória a utilização de assinatura digital a que se refere o inciso II, alínea “a”, do artigo 3º desta Resolução, nas seguintes hipóteses:

I – assinatura de documentos e arquivos; II – serviços com a exigência de identificação ou certificação digital; III – consultas e operações que tramitem em sigilo ou em segredo de justiça. Parágrafo único. Excetuados os casos previstos no caput deste artigo, será possível acesso ao sistema por meio de utilização de usuário (login) e senha, na forma prevista no artigo 7º da Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 6º O acesso ao sistema PJe-JT mediante identificação de usuário (login) e senha, será exclusivamente para visualização de autos, exceto nas hipóteses de sigilo ou segredo de justiça.

Dessa forma, passa a ser permitido o uso de usuário (login) e senha para a visualização de autos, sem a necessidade de certificado digital, um claro avanço em relação a Resolução anterior.

O artigo 10º também traz uma inovação relevante, ao assegurar o direito de petição físico aos petionários, inclusive advogados, que possuam alguma deficiência física que os impeçam de fazer uso do processo eletrônico. Trata-se de uma disposição democrática, pois nenhuma pessoa pode ser impedida de exercer um direito devido a eventuais limitações físicas que possua. A redação do artigo 10º é a seguinte:

Art. 10. § 2º Aos petionários, inclusive advogados, com deficiência física impeditiva do uso adequado do sistema, será assegurado o direito de petição físico, devendo as peças e documentos serem digitalizados e juntados ao sistema PJe-JT por servidor da unidade judiciária competente.

Essas partes não constavam da Resolução nº 94/2012, são acréscimos totalmente inéditos trazidos pela Resolução nº 136/2014. Dessa forma, o PJe-JT passa a ficar parecido com o sistema PROJUDI, utilizado nos juizados especiais, em termos de acesso das partes ao processo. Com efeito, será possível visualizar os autos sem a necessidade de assinatura digital, bastando para tanto fazer um usuário (login) e uma senha de forma presencial, no setor competente.

No caso da parte ré, na citação recebida via correio constará uma chave de acesso, através da qual será possível visualizar os documentos iniciais do processo, para que a mesma possa tomar conhecimento do que está sendo requerido pelo autor da ação e assim tomar as providências que julgar cabíveis para defender-se.

Com essas recentes alterações não se pode mais dizer que o PJe-JT na prática inviabiliza o “jus postulandi” das partes. Com efeito, a parte que desejar propor uma ação e não quiser/puder contratar um advogado deve ser dirigida a unidade judiciária competente, portando os documentos necessários, como faria se o processo ainda fosse físico e apresentar por escrito ou verbalmente a sua reclamação. No segundo caso, a reclamação será reduzida a termo pelo servidor da Justiça do Trabalho e eventuais documentos levados pela parte serão digitalizados. Após isso, o processo será lançado no sistema e a audiência inicial será marcada, ficando o autor já intimado da data.

A parte ré será intimada via correio da data da audiência e terá acesso a petição inicial e aos documentos que a acompanharem através da chave de acesso que virá na citação enviada via correio. Tem-se então o mesmo problema visto nos juizados especiais, em que somente através de um computador com acesso à internet será possível visualizar os documentos e a inicial do processo. Esse problema é contornado se os Tribunais cumprirem com a ordem de disponibilizar em todas as unidades judiciárias uma sala de atendimento, dotadas dos equipamentos necessários para que as partes que precisarem possam acessar o sistema. Nas capitais e cidades de grande/médio porte isso não parece ser um problema. Mas e nas cidades pequenas, será que essas salas de atendimento serão efetivamente instaladas?

Da análise do panorama exposto, conclui-se que existem dois cenários distintos com relação ao processo eletrônico no âmbito da Justiça do Trabalho. O primeiro, na vigência da Resolução 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, onde na prática o “jus postulandi” das partes estava inviabilizado, devido a obrigatoriedade da assinatura digital para fazer uso do sistema, sem exceções. E o segundo, com a edição da Resolução 136/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que revogou a Resolução 94 e trouxe inovações importantes, como a possibilidade das partes terem acesso ao sistema mediante o cadastramento de usuário (login) e senha.

Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico co: processo digital**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2011.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



BOTELHO, Fernando. **O processo eletrônico escrutinado**. Disponível em: <<http://goo.gl/N3det>>. Acesso em: 18 dez.2013.

CALMON, Petrônio. **Comentários à lei de Informatização do Processo Judicial**: lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Nº 807. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELLUTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perguntas frequentes PJe – Processo Judicial Eletrônico**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/PjeFaqs/content/4/11/pt-br/que-benef%C3%ADcios-ser%C3%A3o-propiciados-pelo-sistema.html?highlight=vistas%20do%20processo%20por%20advogado%20nao%20vinculado>> Acesso em: 11 jun.2014.

CONSELHOSUPERIORDAJUSTIÇADOTRABALHO. **NotíciasPJe-JT**. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/pje-jt/-/asset_publisher/B7fk/content/pje-ja=-esta-implantado-em34--tribunais-brasileiros?redirect=%2Fpje-jt> Acesso em: 12 jul.2014.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

GLOSSÁRIO ICP-BRASIL. **Glossário ICP-Brasil**. Disponível em: < http://www.iti.gov.br/images/twiki/URL/pub/Certificacao/Glossario/Glossario_ICP_Brasil_Versao_1.2_novo-2.pdf> Acesso em: 01 jul.2014.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. **Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras**. Disponível em: < <http://www.iti.gov.br/icp-brasil/o-que-e>> Acesso em: 10 jul.2014.

JUSTIÇA EM NÚMEROS. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**. Curitiba, Janeiro de 2013. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/download/34234/33117>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996, 8ª reimp.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARREIRA, Antonio Carlos. **Breves anotações sobre a lei do processo eletrônico**. (Lei nº 11.419/2006). Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9309>>. Acesso em: 8 jul. 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2014.

SERASA EXPERIAN. **Certificados Digitais**. Disponível em: < <http://serasa.certificadodigital.com.br/produtos/e-cpf/e-cpf-a3/>> Acesso em: 14 jul.2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Movimentação Processual do TST ano de 2013**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/e9944cea-1c84-4c29-95b2-f58e18028e7e>> Acesso em: 08 jun.2014.

_____. **TST julga primeiro processo totalmente eletrônico desde a origem**. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-julga-primeiro-processo-totalmente-eletronico-desde-a-origem> Acesso em: 12 jul.2014.

O Assédio Moral À Luz Da Dignidade Da Pessoa Do Trabalhador

Gerson Conceição Cardoso Júnior¹

Resumo: Embora a preocupação com a integridade física e psíquica do trabalhador tenha aumentado, em virtude dos impactos negativos à saúde e ao bem-estar das vítimas, além dos prejuízos proporcionados às sociedades empresariais, o assédio moral no âmbito juslaboral tem sido uma prática constante no cotidiano dos obreiros. A exposição repetitiva e prolongada às situações humilhantes e vexatórias acaba violando direitos de personalidade do trabalhador, especialmente, a sua dignidade, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. Diante disso, este trabalho analisará a relação entre o assédio moral e a dignidade da pessoa do trabalhador, bem como as consequências do fenômeno e medidas necessárias ao combate do terror psicológico. A pesquisa utilizou-se dos métodos categórico-dedutivo, trabalhando com o enfoque hermenêutico, e o empírico indutivo. No tocante ao procedimento metodológico, foi usada a análise documental. Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não traçar os limites de caracterização do assédio moral e as formas de combatê-lo. Consequentemente, necessita-se disciplinar e implementar políticas de prevenção e combate ao fenômeno, protegendo a pessoa do assediado.

Palavras-chave: assédio moral – trabalhador – dignidade – direitos fundamentais - legislação

Introdução

Vivemos na era contemporânea uma crise de valores que pode ser percebida através de uma sociedade marcada pela corrupção, egoísmo, desvalorização das pessoas e falta de amor ao próximo. As relações interpessoais têm se tornado cada vez mais superficiais atingido, inclusive, o âmbito juslaboral.

Corriqueiramente, a justiça do trabalho tem apreciado casos relacionados à violação dos direitos humanos do trabalhador. Embora a preocupação com a integridade física e psíquica do obreiro tenha aumentado, o assédio moral é uma prática constante, causando impactos negativos à saúde e ao bem-estar das vítimas, além dos prejuízos proporcionados às sociedades empresariais.

Mas, não é um problema atual, existindo desde os primórdios das relações humanas e ganhando delimitação nos dias atuais. O terror psicológico atinge o âmbito do trabalho e fere a estrutura emocional-sentimental do indivíduo. Nesse sentido, são os comentários de Schmidt² (2001, p. 142):

¹ Advogado. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Pesquisador nos Projetos de pesquisa e extensão “Perfil do adolescente em conflito com a lei em Salvador” e “Mapeamento sócio-demográfico dos adolescentes em conflito com a lei na área do Programa Ribeira Azul”

² SCHMIDT, Martha Halfeld de Mendonça. O assédio moral no trabalho. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, p. 142, jul. 2001.



A violência moral no trabalho não é nenhuma novidade. Ela existe há muito em todo o mundo. O que é novo são a gravidade, a generalização e a banalização do problema. Há 20 anos, a maioria das pessoas poderia razoavelmente acreditar que iria trabalhar durante os anos necessários à sua aposentadoria sem um incidente sério de assédio moral. Hoje, ao contrário, quase todos os trabalhadores parecem estar correndo riscos de serem seriamente assediados em suas carreiras, talvez mais de uma vez.

Evidencia-se que a discussão sobre o tema ainda é incipiente, conquanto o fenômeno exista em larga escala. Segundo Ávila (2009, p. 13-14)³, “a visibilidade jurídica e social do fenômeno ainda não tomou as proporções necessárias a sua efetiva prevenção e punição, a despeito de estar sendo, nos últimos anos, objetos de discussão em revistas, jornais, sites na internet”.

Outrossim, lamentavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro carece de disciplina no tocante ao assédio moral, suas consequências e penalidades. Mesmo que a sociedade passe por constantes mudanças, o direito não acompanha às transformações e evoluções sociais, econômicas, políticas e tecnológicas.

Em virtude do impacto do problema na sociedade, o tema tenderá a despertar a produção de trabalhos interdisciplinares envolvendo as áreas da Medicina, Psicologia, Administração, Sociologia e Direito.

Dessa maneira, este estudo revelou-se importante porque analisará a relação entre o assédio moral e a dignidade da pessoa do trabalhador. Consequentemente, será possível repensar os limites do poder diretivo do empregador, bem como o papel dos trabalhadores e do Estado na garantia de relações laborais pautadas no respeito ao ser humano.

A fim de obter as informações para responder às questões da pesquisa, utilizaram-se os métodos categórico-dedutivo, trabalhando com o enfoque hermenêutico e o empírico-indutivo. No tocante ao procedimento metodológico abordado na pesquisa, usou-se a análise documental.

Este trabalho servirá de subsídio para que os profissionais das áreas do direito, psicologia, administração, sociologia, reflitam acerca do assunto e aplique-o nas suas atividades laborais. Espera-se, ainda, que o legislador se atente aos problemas enfrentados pelas vítimas, disciplinando a matéria e adotando políticas de prevenção ao fenômeno que causa prejuízos devastadores às suas vítimas.

³ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. As consequências do Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. São Paulo: Ltr, 2009

O Assédio Moral no Âmbito Juslaboral

O que é o assédio moral laboral?

O termo “assédio moral” foi usado inicialmente pelos psicólogos e, posteriormente, passou a ser aplicado no campo jurídico. Na Alemanha, Itália e Escandinávia é conhecido por *mobbing*. Na França, identifica-se como *harcelement moral*, na Espanha *acoso moral* e no Brasil costuma-se a empregar as expressões *assédio moral* ou *terror psicológico*.

Conforme Ávila (2009, p. 17)⁴, o assédio moral não teve origem em estudos desenvolvidos junto os seres humanos, decorrendo de pesquisa realizada na área da biologia, por *Korand Lorenz*, na década de 1960. A pesquisa constatou que o comportamento agressivo do grupo de animais de pequeno porte físico, quando em situações de invasões de territórios por outros animais, por meio de intimidações e ações agressivas, ensejava na tentativa de expulsão do invasor solitário. Diante desse comportamento, o pesquisador nomeou-o de “*mobbing*”.

Ávila (2009, p. 17)⁵ relata que em 1972 o pesquisador *Pater-Paul Heinemann* debruçou-se nos resultados da pesquisa de *Lorezen*, descrevendo o estudo de comportamento agressivo de crianças com relação a outras dentro da escola. O trabalho gestou a primeira obra sobre *mobbing*.

No ano de 2000, a psicanalista e vitimóloga Marie-France Hirigoyen, grande expoente do tema, publicou a obra “Assédio moral: a violência perversa do cotidiano”, retratando a perversidade do agressor, os comportamentos que configuram o terror psicológico e suas consequências à saúde dos ofendidos.

A partir dos estudos que desenvolveu, Hirigoyen⁶ formulou o conceito do que seria o assédio moral no local de trabalho:

[...] 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 seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (2006, p. 65)

No Brasil, a discussão do tema ganhou primeiras linhas através da pesquisa feita pela médica Margarida Maria Silveira Barreto, por meio da dissertação de mestrado defendida em 2000, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, intitulada de “Uma jornada de humilhações”. Em 2006, a dissertação deu origem à obra “Violência, saúde e trabalho: uma jornada de Humilhações”. A pesquisa foi executada no Sindicato de Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Plásticas, Farmacêuticas, Cosméticos e Similares de São Paulo,

⁴ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. op.cit., p. 17, 2009.

⁵ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. Ibidem.p.17

⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral/Marie-France Hirigoyen: Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.



oportunidade na qual ouviram-se 1.311 homens e 761 mulheres. Eles verbalizaram acerca dos constrangimentos e desqualificações sofridas no seio laboral. (ÁVILA, 2009, p. 18)⁷

No tocante à aplicação do fenômeno no campo jurídico, foi abordado pioneiramente pela magistrada do trabalho Marcia Novaes Guedes, mediante a obra “Terror psicológico no trabalho”, publicada em 2003. (AVILA, 2009, p. 19)⁸

Segundo Barros (2013)⁹, a definição jurídica do assédio moral não é tarefa fácil, pois o fenômeno se manifesta por diversas formas. Alguns doutrinadores pautam suas definições no dano psíquico gerado à vítima da violência psicológica. Já outros abordam a situação vexatória e a lesão à imagem causadas pelo terror psicológico.

Na concepção de Nascimento (2012)¹⁰, o assédio seria todo comportamento que gere constrangimento físico ou psíquico à pessoa, ferindo a dignidade psíquica da vítima e proporcionando um ambiente laboral deteriorado:

caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma reiterada e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado na empresa ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada e no exercício de suas funções. (2012, p. 197)

Osmir Fiorelli et al (2007, p. 41)¹¹, em uma abordagem multidisciplinar, descrevem o assédio moral à luz da neurociência:

Em outras palavras, sob a ótica da neurociência, funciona como se, pouco a pouco, a mente criasse uma imagem mental que, finalmente, torna-se insuportável. Desencadeiam-se, então, a psicopatologia, a doença física, a incapacidade de trabalhar, a aversão à escola, a separação do casal, a solicitação de demissão, enfim, todo um conjunto de efeitos represados, até aquele momento, pelas forças do psiquismo, às custas de um grande sofrimento interior.

Silva Neto (2009, p. 319)¹², por seu turno, afirma que o assédio moral se materializa desde a adoção de comportamentos que visem diminuir a autoestima do indivíduo à prática de atos como atribuição de cargas de trabalhos pesados:

⁷ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. op.cit., p. 18

⁸ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. Ibidem.p.19

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2013.

¹⁰ NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. Assédio moral e bullying no ambiente de trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012, p. 197, v. 145

¹¹ FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Júlio Olivé. Assédio Moral. Uma Visão Multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2007

¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. Assédio por competência nas relações de trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 906, p. 319, abr. 2011.

Com efeito, tanto se assediara alguém quando se vulnera a indenidade biopsíquica da pessoa por meio de comportamentos tendentes a reduzir a sua autoestima, como, de contraparte, poder-se-á ofender a saúde mental e física do indivíduo através de carga de trabalho superior que lhe é indicativamente dirigida.

Registra-se que o assédio moral não pode ser confundido com conflitos ocorridos esporadicamente nem com as más condições de trabalho. Necessita-se que as ações ou omissões aconteçam por período prolongado, haja premeditação do ofensor e desestabilize a vítima. As observações de Carvalho (2010, p. 369)¹³ seguem nesta direção:

Outra importante característica do mobbing é seu componente temporal: o assédio moral nas relações de trabalho é um comportamento que se repete de forma habitual e persistente, através do exercício reiterado e contínuo de atos de humilhação contra a vítima. Aliás, é justamente essa reiteração o que acarreta uma agressão muito mais grave e definitiva à integridade moral do assediado, legitimando a intervenção punitiva. (grifos nossos)

Infere-se, portanto, que o assédio moral significa a exposição repetitiva e prolongada das pessoas às situações humilhantes e vexatórias, violando os seus direitos de personalidade, especialmente a sua dignidade. Além disso, põe em risco o emprego da vítima e prejudica o clima de trabalho, tornando-o desagradável.

Os protagonistas do assédio moral e suas repercussões

Observamos que a ocorrência do terror psicológico quando estão presentes o assediador, responsável pelos atos de humilhações, crueldades e perseguições e o assediado, vítima dos atos que violam a sua dignidade.

A legislação federal brasileira não possui norma específica disciplinando o assédio moral. Porém, isso não significa dizer que o fenômeno não produza consequências e não deva ser combatido. O terror psicológico causa prejuízos ao meio ambiente do trabalho, deixando-o insuportável.

Barros (2013, p. 737 *apud* Hirogoyen, 2002)¹⁴ revela que os autores do assédio moral normalmente são pessoas perversas, provocando as vítimas a fim de as desestabilizar. Usando comportamento cruel, sentem-se felizes ao conseguirem humilhar os outros. As ações muitas vezes são movidas pelo sentimento que vão da inveja à busca pelo poder. Apresentam desvirtuamento de caráter, não são pessoas éticas, solidárias, pautando a maioria de suas condutas na discriminação em razão do sexo, cor, raça, idade e aparência física das vítimas.

¹³ CARVALHO, Gisele Mendes de. O assédio moral no trabalho e a tutela penal da integridade moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 901, p. 369, nov. 2010

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *op.cit.*, p. 737



Percebe-se que o agressor nunca se coloca no lugar da vítima, não aceita que suas ações produzirão consequências prejudiciais aos ofendidos e desejam se eximir das responsabilidades geradas com as suas condutas. Vejamos o perfil do assediador traçado Schmidt¹⁵:

Estudos comprovam que os agressores foram crianças que não aprenderam bem a lição das consequências, porque pensam que podem evitar as consequências desagradáveis de um comportamento faltoso, através principalmente da negação da falta ou da assunção de uma posição de vítima da situação. Assim, o agressor quer se aproveitar dos benefícios de um mundo adulto (inclusive com a posição hierárquica e o salário atingidos no local de trabalho), mas não tem capacidade para aceitar as responsabilidades desse mundo adulto. E, pior, não tem vontade de reconhecer que há outras formas de agir, melhores do que as dele. (2001, p. 145)

Em relação à vítima, identifica-se que não existe um perfil predeterminado. Porém, normalmente são pessoas portadora de qualidades profissionais e morais que acabam se tornando vítimas do *mobbing*.

Ávila (2009, p. 43 *apud* Hirogoyen, 2006)¹⁶ apresenta caracteres que podem possibilitar o reconhecimento do ofendido:

A vítima normalmente é dotada de responsabilidade acima da média, possui elevada autoestima, sente prazer em viver acredita nas pessoas que a cerca. Por reunir essas qualidades, suscita inveja, torna-se incômoda para o agressor, representa uma ameaça a seu cargo ou a sua posição perante o grupo. Sua força vital a transforma em presa.

Faz-se necessário lembrar que o trabalhador é o elo mais fraco da relação trabalhista. Consequentemente, carece de ações que combatam a prática de atos atentatórios à sua dignidade. A preocupação com o ser humano deverá ser prioridade, buscando sempre a melhoria da sua qualidade de vida. Esse entendimento é compartilhado Portela¹⁷:

[...] a melhoria nas relações laborais tem impacto direto na promoção da dignidade humana e na melhoria da qualidade de vida na sociedade, contribuindo para que as pessoas fiquem menos inclinadas a buscar seus interesses pela violência e, com isso, oferecendo um aporte importante para a paz e a estabilidade mundiais. (2013, p. 469)

¹⁵ SCHMIDT, Martha Halfeld de Mendonça. *op.cit.*, p. 145

¹⁶ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. *op.cit.* p. 43

¹⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013

O indivíduo que trabalha num ambiente sadio possuirá maior motivação, ficando mais disposto para executar suas tarefas. Semelhantemente, sua vida pessoal restará preservada, haja vista não trazer problemas do trabalho para o seio familiar.

Para Garcia¹⁸, “[...] o meio ambiente do trabalho, inserido no meio ambiente como um todo, também apresenta natureza de direito humano fundamental, tendo como essência a garantia da dignidade da pessoa humana”. (2009, p. 54)

Todos têm o direito de laborar num ambiente sadio que promova a sua dignidade. Logo, é preciso que as práticas assediadoras sejam denunciadas aos órgãos fiscalizadores e à justiça do trabalho, para que tomem ciência acerca da violação da dignidade do trabalhador. A inação da vítima permitirá que o ofensor não tenha um freio nas suas condutas e se sinta fortalecido para continuar atuando de forma arbitrária e cruel.

Da classificação do assédio moral laboral

Doutrinariamente, Ávila (2009), Barros (2013), Nascimento (2012), Schmidt (2001), Pamplona Filho (2007), Silva Neto (2011), classificam o assédio moral em razão da sua procedência de ataque, sendo identificado como vertical, horizontal, combinado ou ascendente, por competência e organizacional.

Na primeira hipótese, o assédio poderá ser vertical descendente ou ascendente. No descendente, o empregador utiliza-se do poder diretivo de forma abusiva, ora para constrianger os subalternos ora para afastar as consequências trabalhistas. Para visualizar esta modalidade de assédio, trazemos o exemplo descrito por Nascimento¹⁹:

Tal é o exemplo do empregador que, para não ter que arcar com as despesas de uma dispensa imotivada de um funcionário, tenta convencê-lo a demitir-se ou cria situações constrangedoras, como retirar sua autonomia no departamento, transferir todas suas atividades a outras pessoas, isolá-lo do ambiente, para que o empregado sintasse de algum modo culpado pela situação, pedindo sua demissão. (2012, p. 198)

Já no assédio vertical descendente, aquela pessoa hierarquicamente inferior atua com o fito de assediar o seu superior, conforme se depreende dos comentários de Pamplona Filho²⁰ (2007, p. 193)

Esta violência de “baixo para cima” não é tão rara como se possa imaginar, a primeira vista. Como exemplos, podemos citar situações em que alguém é designado para um cargo de confiança, sem a ciência de seus novos subordinados (que, muitas vezes,

¹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do Trabalho no contexto dos direitos fundamentais e responsabilidade civil do empregador. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 54, out. 2009.

¹⁹ NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. op.cit., p. 198

²⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 125, p. 193, jan. 2007.



esperavam a promoção de um colega para tal posto). No serviço público, em especial, em que os trabalhadores, em muitos casos, gozam de estabilidade no posto de trabalho, esta modalidade se dá com maior frequência do que na iniciativa privada.

No assédio moral horizontal, os empregados adotam entre si posturas com o fito de afastar alguém indesejado do grupo, seja por motivo de competição ou por questão de discriminação por raça, sexo ou religião. Podemos identificar este fenômeno mediante as lições de Ávila²¹:

A hostilização entre colegas decorre de conflitos provocados por motivos pessoais como atributos pessoais, profissionais, capacidade, dificuldade de relacionamento, falta de cooperação, destaque junto à chefia, discriminação sexual. Também é desencadeado esse tipo de perversão moral pela competitividade. (2009, p.36)

Em relação ao assédio moral combinado, observa-se a existência da união de chefes e colegas de trabalho almejando o afastamento de determinado empregado. Já na espécie ascendente, o subalterno insurge-se contra o seu superior hierárquico seja por acreditar ser merecedor do cargo seja pela intenção de prejudicar o trabalho desenvolvido por aquele.

Silva Neto (2011, p. 319)²² aponta que o assédio moral por competência se revela ser a pior forma de manifestação deste fenômeno. As pessoas reconhecidas como competentes, habilidosas, inteligentes, acabam recebendo grandes tarefas para cumprir, existindo desproporcionalidade na divisão das atividades com outras pessoas que exercem a mesma função. O assediado sofre tratamento discriminatório e continua recebendo remuneração igual ao do colega que está em idêntica situação profissional.

Outra forma de materialização do terror psicológico é na modalidade organizacional. Contrariamente do assédio por competência que a ação é dirigida unicamente para determinado indivíduo, no organizacional atinge indistintamente o corpo funcional da sociedade empresária, como leciona SILVA NETO²³:

Por conseguinte, o traço essencial para distinguirem-se as duas modalidades de assédio é o universo dos indivíduos atingidos: no caso do assédio por competência em razão da produtividade será sempre um único trabalhador o vitimado pela ocorrência, ainda que o assediante se comporte da mesma forma com relação a outros trabalhadores; é que, no caso, o componente ensejador do assédio sob análise é de ordem personalíssima; já o assédio moral organizacional se dirige a todo corpo funcional indistintamente, eis que se trata de modelo de organização do trabalho adotado pela empresa ou pela repartição pública. (2011, p. 321)

²¹ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. op.cit., p. 36

²² SILVA NETO, Manoel Jorge e. op.cit., p. 319

²³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Ibidem.p. 321

Quando o indivíduo trabalha e contribui para o desenvolvimento da sociedade, sente-se útil e respeitado. Por outro lado, ao laborar sem que lhe seja assegurado justa remuneração e mínimas condições trabalhistas, acaba tendo sua dignidade violada.

Para Osmir Fiorelli et al. (2007, p. 24)²⁴ “O trabalho desempenha um papel social integrador essencial nas coletividades e sua desqualificação contribuiu para enfraquecer os laços de respeito entre as pessoas – para felicidade do vírus do assédio.

Em todas as hipóteses, o assediador, repetidamente, adota condutas abusivas e desrespeitosas, desestabilizando e humilhando o assediado. Conseqüentemente, a vítima sente-se ameaçada e, muitas vezes, a alternativa buscada é a saída imediata do emprego.

O assédio moral, independentemente da forma que se manifeste, promove a exclusão da vítima e gera sentimentos negativos que afetam a autoestima. A violação da integridade física e psíquica causa doenças como depressão e estresse, além de contribuir à prática do suicídio.

O assédio moral laboral e os direitos de personalidade

Qual é a relação entre o assédio moral e os direitos de personalidade?

Pamplona Filho e Stolze (2009, p. 136)²⁵ conceituam os direitos de personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Caso sejam violados, carecerão de reparação.

Ao proteger os direitos de personalidade, guarda-se a esfera extrapatrimonial do indivíduo que não são valorados economicamente. Diniz (2004, p. 117-137)²⁶ aduz que estes direitos são subjetivos e uma vez feridos impulsionam os próprios lesionados à defenderem suas integridades físicas, intelectual e psíquica.

Não obstante o reconhecimento dos direitos de personalidade como categoria de direito subjetivo seja recente, a tutela jurídica deles acontece desde a antiguidade. Mas, no final do século XXI, construiu-se a dogmática dos direitos de personalidade em razão do redimensionamento da ideia de respeito à dignidade humana. (DINIZ, 2004, p. 119)²⁷

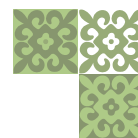
Diante da preocupação com a proteção da pessoa do trabalhador, muda-se o paradigma de interesse da sociedade, passando a tutelar os direitos de personalidade do obreiro, consoante lições de Pamplona Filho: “De fato, encarar seriamente o assédio moral como um problema da modernidade é assumir que os valores de hoje não podem ser co-

²⁴ FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Júlio Olivé. Assédio Moral. Uma Visão Multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2007

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.117-137, v.1.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. op.cit., p. 119



locados na mesma barema de outrora, uma vez que a sociedade mudou muito a visão da tutela dos direitos da personalidade”. (2007, p. 192)²⁸.

Ao tutelar os direitos de personalidades da vítima de assédio moral, protege-se a dignidade dela, como aborda Pamplona Filho²⁹: “E é disso mesmo que se trata o assédio moral: uma violação ao um interesse juridicamente tutelado, sem conteúdo pecuniário, mas que deve ser preservado como um dos direitos mais importantes da humanidade: o direito à dignidade. (2007, p. 192).

Romita ³⁰(2005, p. 409) ao analisar os direitos fundamentais dos trabalhadores e as dimensões do direito, indica que os direitos da personalidade do trabalhador correspondem aos direitos de primeira dimensão. Já os direitos coletivos, representados pela sindicalização e greve, relacionam-se à segunda dimensão. Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, estão ligados ao meio ambiente de trabalho saudável.

De acordo com Pires³¹ (2011, p. 155), os direitos fundamentais sempre foram vinculados às pretensões de defesa em face dos ataques do Estado. Eram exercidos contra o ente estatal quando se coloca em posição de superioridade em relação aos titulares.

Atualmente, os direitos fundamentais não são invocados apenas contra às ações dos poderes públicos, aplicando à sociedade em geral ao manterem relações pessoais e jurídicas. Transportando-os às relações privadas, teremos a sua aplicação, inclusive, na seara trabalhista. Por conseguinte, observar-se-á a dignidade humana das partes envolvidas.

O assédio moral e a violação da dignidade da pessoa humana

O Estado brasileiro estruturou-se nos fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Contudo, a dignidade da pessoa humana é apontada como o valor supremo do ordenamento jurídico.

De acordo com Furtado (2006)³², o Brasil funda-se no valor do homem enquanto pessoa livre. O Estado, por sua vez, deverá pautar suas ações buscando propiciar aos indivíduos as mínimas condições de existência, combatendo as desigualdades que se manifestam na sociedade e implementando a justiça social.

Adotando a concepção da dignidade da pessoa humana como valor supremo, Silva (2004, p. 105)³³ vincula-a à todos os direitos fundamentais do homem:

²⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op.cit., p. 192

²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Ibidem.p. 192

³⁰ ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 409

³¹ PIRES, Antonio Carlos de Sousa Soromenho. Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais on line, v. 75, p. 155, abr. 2011.

³² FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa e o trabalhador. Revista do Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 121, p. 29, jan. 2006.

³³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105

Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art.193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2009, p. 44-50)³⁴, não existe uma conceituação clara do que seja dignidade haja vista os contornos vagos, imprecisos e polissêmicos do termo. Conquanto rotineiramente seja utilizada como o valor próprio que identifica a pessoa humana como tal, resta-se insuficiente. Mas, para defini-la, a doutrina majoritária baseia-se na matriz kantiana, focando na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Sarlet (2009, p. 49-50)³⁵ observa que a autonomia, isto é, a liberdade deverá ser considerada abstratamente. Todas as pessoas poderão autodeterminar-se independentemente da condição física e mental. Assim, associa-se a liberdade à dignidade. Por outro lado, há quem sustente que a dignidade não deva ser considerada inerente à natureza humana, possuindo também um sentido cultural.

Sarlet (2009, p. 67) ³⁶sugere um conceito de dignidade que poderá sofrer alterações com base na necessidade de adequação de maior afinidade possível com a concepção multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições de existências mínimas para uma vida saudável, além e propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e vida e comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Com a mudança do paradigma de valor central da sociedade, prevalecendo o ser humano em detrimento da riqueza, promoveu-se grande avanço para a humanidade e seara jurídica. Diversos documentos internacionais foram importantes na consagração da pessoa humana como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

Após a 2ª Guerra Mundial, o princípio da dignidade foi cunhado em grande parte das constituições democráticas. No Brasil, foi abordado pela primeira vez na Constituição

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 44-50

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit.,p. 49-50

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Ibidem.p. 321, p. 67



de 1946, no entanto, não era indicado como fundamento da República, limitando-se a se referir ao trabalho.

A dignidade da pessoa humana norteará a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa, especialmente dos direitos fundamentais. Nos Estados Democráticos de Direito, este princípio não significará mera declaração, figurando como ponto de partida para a produção de efeitos jurídicos na interpretação e aplicação das leis e dos demais princípios constitucionais.

Consoante Novelino³⁷, “[...] impõe-se o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade”. (2010, p. 13)

Examinando os princípios gerais do direito que se aplicam, com destaque, ao Direito do Trabalho, Godinho³⁸ aponta a dignidade humana, a proporcionalidade e a boa-fé. De acordo com o autor, estes postulados compõem o denominado “núcleo basilar dos princípios”. A dignidade humana, por seu turno, está estreitamente ligado aos princípios da não-discriminação, justiça social e equidade:

A vinculação do princípio da dignidade do ser humano aos três outros citados resulta da concepção não estritamente individualista desse princípio basilar geral. Ou seja, a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Não: o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também o mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. (GODINHO, 2001, p. 4).

O obreiro ao sofrer assédio moral tem suas dignidades física e psíquica atingidas. Consequentemente, violam-se direitos de personalidade, contribuindo para que perca a autodeterminação e forças necessárias a mudar a sua realidade. Se não há respeito pela vida, o sujeito tornar-se-á mero objeto de ataques arbitrários, afastando-se das condições elementares para a existência digna.

³⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho – diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 85, abr. 2001.

Da Responsabilização pela prática do terror psicológico

Como se pode notar, a dignidade do trabalhador e a manutenção do ambiente saudável são metas que deverão ser perseguidas cotidianamente. O combate ao *mobbing* deverá atingir todos os setores da sociedade, especialmente, o âmbito laboral.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro deixe de disciplinar o assédio moral e as formas de combatê-lo, não poderemos nos calcar na omissão legislativa para reforçar e estimular retardos nas soluções dos problemas advindos do terror psicológico. Este fenômeno é cruel e causa prejuízos incalculáveis.

O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira, estatui que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ocorrendo o assédio moral, o empregador deverá ser responsabilizado civilmente por suas ações, nos termos do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal e artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro”. Faz-se mister ressaltar que o empregador também responderá pelos atos praticados por seus empregados e prepostos, com fulcro no art. 932, III, do Código Civil. Para tanto, não precisará discutir culpa, bastando a prova do ilícito, dano e nexos de causalidade.

De acordo com Tartuce³⁹ (2013), o dever de indenizar ficará configurado quando reunidos os seguintes pressupostos da responsabilidade civil: conduta humana, culpa genérica ou *lato sensu*, nexos de causalidade e dano.

Em relação à conduta humana, poderá decorrer tanto de uma ação quanto de uma omissão. A omissão, por sua vez, reflete no descumprimento de um dever jurídico, agindo o sujeito de forma voluntária ou por imprudência ou imperícia ou negligência.

No que tange à culpa, abarca tanto o dolo quanto a culpa genérica. Agirá dolosamente o indivíduo que intencionalmente violar o dever jurídico e prejudicar terceiros. Já a culpa é marcada pela lesão a um dever preexistente. Em ambas as situações, gera-se a obrigação de reparar o prejuízo.

O nexos de causalidade, por seu turno, materializa-se a partir da ligação entre o ato ofensivo e o prejuízo. Presentes o dolo ou culpa na conduta e a violação de um direito, surge o dano. Logo, reúnem-se os requisitos a ensejar à responsabilização.

Registra-se que o ato assediador não é de fácil constatação. Todavia, caberá ao lesionado apresentar indícios do assédio para que seja gerada uma razoável suspeita e apurado o fato. O suposto agressor, por sua vez, deverá agir no sentido de mostrar que suas ações não são desarrazoáveis nem violou quaisquer direitos fundamentais.

Geralmente, o *mobbing* é praticado de forma sutil, às escondidas, o que dificulta a sua demonstração. A fim de facilitar a defesa do obreiro, deverá promover a inversão do

³⁹ TARTUCE, Flavio. Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 343-377, v.2



ônus da prova, aplicando subsidiariamente o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Corroborando com a ideia de aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC à relação trabalhista, são as considerações de Lora⁴⁰ (2013):

Há omissão da norma processual trabalhista, no particular. Por outro lado, a ratio essendi da norma protetiva inculpada no inciso VIII do art. 6º do CPC é a busca do reequilíbrio da relação de consumo, ante a frequente e notória distinção de forças entre as partes envolvidas. Desequilíbrio semelhante é encontrado nas relações de trabalho. Em razão de sua hipossuficiência, seja econômica, seja de meios para produzir a prova, o trabalhador vê, não raro, frustrado seu intento de convencer o juízo acerca da veracidade dos fatos que alega, o que conduz fatalmente à improcedência dos pedidos. Essa dificuldade acentua-se sobremaneira nas ações que envolvem assédio moral, em razão das circunstâncias em que é normalmente praticado, ou seja, às escondidas, diante da observação de terceiros, ou por meio de status, situação que reclama a aplicação da norma extraordinária. (grifos nossos)

Já Pamplona Filho (2007, p. 192)⁴¹ adota o entendimento no sentido de que o reconhecimento do assédio moral não precisa da ocorrência do dano. Este elemento será pressuposto para a responsabilização civil:

Sendo o assédio moral a conduta lesiva; o dano psíquico-emocional deve ser entendido como a consequência natural da violação aos direitos da personalidade da vítima.

Note-se, portanto, que a necessidade do dano não é um elemento da caracterização do assédio moral, mas, sim, da responsabilidade civil decorrente de tal conduta.

No aspecto trabalhista, os comportamentos adotados pelo autor do assédio moral poderão ser enquadrados nas hipóteses do artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas, possibilitando a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Igualmente, se o ofensor for empregado, à luz do art. 482 da CLT, poderá ser dispensado, por justa causa. Para tanto, bastará que as práticas assediadoras sejam repetitivas ou contrariem direitos e deveres que o trabalhador deverá observar durante a execução do pacto laboral.

Barros (2013, p. 734)⁴² advoga a tese que a extinção do contrato de trabalho não soluciona os problemas vivenciados pela vítima, além de favorecer o comportamento do

⁴⁰ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Assédio moral no trabalho e a dificuldade da prova. 2013, Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/23517/assedio-moral-no-trabalho-e-a-dificuldade-da-prova>>. Acesso: em 12 dez. 2013

⁴¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op.cit., p. 192

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. op.cit.,p. 734

assediador. Todavia, sugere que a solução seria a celebração de normas coletivas ou elaboração de legislação específica combatendo os atos ligados ao assédio moral.

O assédio moral é também capaz de gerar danos à saúde da vítima, podendo ser equiparada à doença do trabalho, como dispõe o artigo 20 da Lei nº. 8.213/91. Quando se manifesta, poderá causar baixa produtividade, ausência de motivação e concentração nas vítimas, inclusive, contribuindo para o aumento de erros no serviço. Por isso, tanto a vítima do fenômeno quanto a estrutura empresarial sofrem por conta do assédio.

Frisa-se, ainda, que o assediador correrá o risco de ser responsabilizado criminalmente, como leciona Pamplona Filho (2007, p. 195)⁴³:

Além das consequências trabalhistas (justa causa) e civil (responsabilidade patrimonial) do empregado assediador, é possível existir, ainda, uma responsabilização criminal, caso a conduta ou os atos praticados se enquadrem em alguma das previsões tipificadas no vigente Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro.

Como decorrência do mobbing, o ofendido poderá solicitar indenização por danos morais. Segundo Nunes⁴⁴, “dano moral é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo”. (2009, p. 321).

No entanto, não podemos deixar que o terror psicológico seja rotina dos trabalhadores. Mesmo que haja um ressarcimento financeiro, a fim de compensar os prejuízos sofridos, as sequelas do fenômeno ficaram marcadas para sempre “na parede da memória” do ofendido.

Considerações finais

Não obstante a preocupação com a integridade física e psíquica do trabalhador tenha aumentado, verifica-se que o assédio moral no âmbito do trabalho é uma prática corriqueira. A exposição repetitiva e prolongada às situações humilhantes e vexatórias acaba violando direitos de personalidade do trabalhador.

O terror psicológico fere a dignidade humana, ameaça o emprego e degrada o clima de trabalho. Se não forem combatidos os atos configuradores do mobbing, permitir-se-á que o ofendido seja constantemente objeto de arbítrio e injustiças, não tendo as mínimas condições de viver dignamente, como bem pontua Sarlet⁴⁵ ao descrever as consequências da violação à dignidade:

⁴³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op.cit.,p. 195

⁴⁴ NUNES, RIZZATTO. Curso de Direito do Consumidor. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit.,p. 65



O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2009, p. 65)

Embora a legislação consagre a proteção do obreiro, o trabalho humano, na contemporaneidade, tem sido marcado pela desvalorização. A busca incessante pelo capital tornou o indivíduo mais egoísta, formando um ambiente propício ao assédio. Para Espada (2008, p. 18)⁴⁶, a sociedade contemporânea vive um choque de valores. O valor econômico do capital colide-se com a dignidade da pessoa humana e do trabalhador.

Frequentemente, fala-se que a busca pelo trabalho decente, justiça social, embarcam-se nos efeitos decorrentes da globalização. Na concepção de Ávila⁴⁷, a globalização não seria a responsável exclusiva pela degradação do trabalhador:

Apesar de a globalização fornecer sinal verde para a ocorrência de assédio moral em nome da competitividade, há que se perceber que a prática de assédio moral só se dá mediante ato de uma ou mais pessoas. Com isso, se está querendo dizer que o assédio moral não é consequência da crise econômica atual, resultante de sistemas perversos, é antes a ação de pessoas perversas que tiram proveito desse sistema. Considerar a violência apenas como uma consequência da organização do trabalho seria correr o risco de livrar os agentes da responsabilidade. (2009, p. 139).

O assédio moral é uma conduta grave e deve ser sancionado. Sabemos que o legislador, de acordo com a importância do bem jurídico exposto a risco, elege qual interesse gozará de proteção judicial. A integridade física e psíquica das vítimas do *mobbing*, certamente, deveriam ser objeto de resguardo.

Caso a vítima do assédio se sinta prejudicada no ambiente de trabalho, poderá pleitear a resolução do contrato através da rescisão indireta. Semelhantemente, uma vez ocorrendo dispensa arbitrária, será possível requerer a reintegração ao emprego.

Ainda que a legislação federal brasileira não apresente limites de caracterização do assédio moral e as formas de combate, constata-se um avanço na medida em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Semelhantemente, a Consolidação das Leis do Trabalho apresenta dispositivos que poderão ser aplicados analogicamente aos fatos que figurem como assédio moral.

⁴⁶ ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. O princípio Protetor do Emprego e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Ltr, 2008, p. 18

⁴⁷ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. op.cit.,p.139

Ao punir o assediador, estar-se-á protegendo a dignidade do trabalhador. Infelizmente, este fenômeno repercute socialmente e juridicamente, bem como necessita da urgente implementação de políticas de prevenção e fortalecimento das medidas punitivas, protegendo a pessoa do assediado.

O poder diretivo do empregador ou de seus prepostos também deverá sofrer limitações para que não seja exercido de forma abusiva. Além disso, ao exercer o poder fiscalizatório, competirá à organização empresarial observar as condutas dos empregados, prevenindo a prática do mobbing.

É necessário a realização de atividades educativas, no ambiente de trabalho e no seio da sociedade, discutindo com os obreiros e empregadores o significado do assédio moral, as formas de combate e consequências tanto para a pessoa do trabalhador quanto para a empresa. Seguindo este entendimento são as considerações de Carvalho⁴⁸:

Por outro lado, à margem das iniciativas sancionadoras e coercitivas, aconselha-se também a adoção de medidas de prevenção e eventual correção dessas condutas através de uma adequada política organizativa e de gestão de recursos humanos, que incorpore técnicas e protocolos específicos de conduta que visem a mitigar o clima hostil no ambiente de trabalho, prevenindo e corrigindo os riscos psicossociais derivados do mesmo. (2010, p. 369)

A empresa possui a importante tarefa de não deixar que o assédio moral se instale e permaneça. Os superiores hierárquicos jamais poderão se omitir, devendo ser treinados para sabe agir de forma ética e respeitosa quando se depararem com esta situação. O empregado, por outro lado, deverá buscar ajuda e lutar para que seus direitos laborais sejam assegurados.

Na maioria das vezes, sabemos que a vítima não procura auxílio, pois teme sofrer represarias e perder o emprego. Não é uma tarefa fácil nem podemos a chamar de medrosa. Neste cenário, instala-se o conflito: continuar sofrendo calada para não perder o emprego que, normalmente, é o único meio de subsistência ou denuncia o infrator? Sem titubear, a vítima deverá tomar coragem e batalhar pela observância dos direitos fundamentais laborais, almejando a mudança da triste realidade que é submetida.

Considerando, por fim, que o Ministério Público do Trabalho é legitimado para ajuizar ação civil pública e exigir o cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, terá importante papel na observância dos direitos fundamentais do trabalhador. Ademais, os sindicatos das categorias profissionais do empregado, responsáveis por atender aos interesses dos seus assistidos em questões judiciais e extrajudiciais, deverão entrar nesta luta. Na esfera extrajudicial, caberão às Comissões Internas de Prevenção e Acidente de Trabalho (CIPA) empreenderem esforços para implantar medidas preventivas no interior das empresas. (ÁVILA, 2009, p. 93-96)⁴⁹.

⁴⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de. O assédio moral no trabalho e a tutela penal da integridade moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 901, p. 369, nov. 2010

⁴⁹ ÁVILA, Rosemari Pedrotti. op.cit.,p. 93-96



Acima de tudo, é preciso que o direito acompanhe os avanços sociais, econômicos e políticos, regulamentando o tema assédio moral. Paralelamente, caberão ao Poder Público, a sociedade, entidades representativas de empregados e empregadores atuarem na promoção da dignidade do assediado.

Referências

ÁVILA, Rosemari Pedrotti. **As consequências do Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília- DF: Senado, 1988.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **O assédio moral no trabalho e a tutela penal da integridade moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 901, p. 369, nov. 2010

COSTA, Armando Casimiro; MATINS, Melchíades Rodrigue; CLARO, Sonia Regina da S. **CLT – LTr**. 41 ed. São Paulo: Ltr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho – diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 85, abr. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio Protetor do Emprego e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Ltr, 2008

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. **Código Civil para Concursos**. 1 ed. Salvador: Juspodivm. 2013.

FIORELLI, José Osmir; Fiorelli, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Júlio Olivé. **Assédio Moral**. Uma Visão Multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2007

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa e o trabalhador**. Revista do Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 121, p. 29, jan. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do Trabalho no contexto dos direitos fundamentais e responsabilidade civil do empregador**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 54, out. 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral. A violência perversa no cotidiano**. 8 ed. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Assédio moral no trabalho e a dificuldade da prova. 2013, Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/23517/assedio-moral-no-trabalho-e-a-dificuldade-da-prova>>. Acesso: em 12 dez. 2013

NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. **Assédio moral e bullying no ambiente de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012, p. 197, v. 145

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, RIZZATTO. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 125, p. 192, jan. 2007.

PIRES, Antonio Carlos de Sousa Soromenho. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais on line, v. 75, p. 155, abr. 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

SCHMIDT, Martha Halfeld de Mendonça. **O assédio moral no trabalho**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, p. 142, jul. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Assédio por competência nas relações de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 906, p. 319, abr. 2011.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Método, 2013, p. 343-377, v.2



Legalidade e Eficiência a Administração Pública

Guilherme Guimarães Ludwig¹

Resumo: O pós-positivismo jurídico confere a verdadeira dignidade normativa aos princípios, situando-os em patamar igual ou superior àquele outrora reservado exclusivamente às regras de Direito. Ocorre então o resgate dos valores para dentro do Direito, equilibrando a relação entre segurança e correção jurídicas. Neste contexto, o presente artigo se destina a avaliar a convivência possível entre os constitucionalmente qualificados princípios da legalidade e da eficiência, enquanto norteadores da Administração Pública”.
Palavras-chave: legalidade administrativa – eficiência administrativa – princípios – Administração Pública.

Introdução

O presente artigo se destina a avaliar a convivência possível entre os constitucionalmente qualificados princípios da legalidade e da eficiência, enquanto norteadores da Administração Pública.

Para tanto, o estudo abordará inicialmente as transformações passadas pela vinculação à legalidade até a concepção pós-positivista, a nova disciplina dos princípios neste paradigma. Em seguida serão tratadas a previsão e a conformação do princípio da eficiência administrativa no direito brasileiro, bem assim a sua relação com a discricionariedade. Por fim, será investigado se há dicotomia entre legalidade e eficiência no ambiente da Administração Pública.

Legalidade e pós-positivismo

Para entender a configuração da norma jurídica que prevê a vinculação à legalidade na atualidade torna-se necessário conhecer as modificações por elas sofridas desde a sua concepção no projeto da modernidade do liberalismo até o panorama atual do pós-positivismo jurídico.

O projeto da modernidade encampava o valor da liberdade no centro de uma composição filosófica mais ampla. Este pensar é que iria redefinir as relações entre Estado e

¹ Juiz do Trabalho no TRT da 5ª Região/BA, Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 209-2011; 2013-2015), Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – EMATRA5 (biênio 2012-2014), Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia - UNEB.

cidadão, consignando a este um núcleo básico de direitos fundamentais. Em que pese a sua evidente importância para a democracia como forma de contenção do arbítrio e do despotismo, o liberalismo se consubstanciava em uma concepção política que privilegiava essencialmente interesses da classe burguesa em ascensão.

A vinculação à legalidade sempre foi verdadeiramente uma técnica a garantir, no paradigma da modernidade, a segurança jurídica para a classe burguesa, valor este sim a que correspondia o verdadeiro princípio em jogo. A legalidade era apenas um dos caminhos possíveis e foi o efetivamente adotado, por motivos de melhor adequação naquelas específicas circunstâncias históricas, para atingir este desiderato. Nunca se configurou como um fim em si mesmo.

Essa conformação à legalidade importava logicamente em menor recurso legislativo a normas de textura aberta e em diminuir a importância e o papel dos princípios, na medida em que estes instrumentos poderiam significar maior poder pela via interpretativa ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, condição esta última indesejável para a burguesia e seus interesses econômicos.

No contexto da modernidade de busca pela segurança jurídica e certeza no Direito foi concebido o positivismo jurídico: a tentativa de criação de uma ciência jurídica cognoscitiva da norma jurídica positivada. A almejada neutralidade (do Direito, de sua interpretação e do intérprete) passava a ser pressuposto da cientificidade do conhecimento jurídico. Eram recusadas as fontes metafísicas ou divinas, pois todo o Direito passava a ser oriundo exclusivamente das fontes formais estabelecidas. Buscava-se também com isso trazer racionalização à ciência jurídica, de modo a favorecer mecanismos concretos e previsíveis de controle sobre a interpretação e a aplicação do Direito.

Uma vez superado o antigo regime, todavia, o posterior desenvolvimento histórico do positivismo jurídico trouxe consigo o desgaste do modelo. A Corte de Nuremberg, instalada em 1945 para julgar os crimes contra a humanidade cometidos pelos oficiais nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, evidenciou a insuficiência da concepção de estrita vinculação à lei para sancionar a conduta daqueles que cometiam crimes sob o respaldo na legislação em vigor em seu Estado.

Diante desta perplexidade é que Luís Roberto Barroso afirma que “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico”. A quase total identificação entre Direito e norma, além da rígida separação do primeiro em relação à ética, não mais correspondiam ao estágio do processo civilizatório, nem tampouco aos anseios de quem patrocinava a causa da humanidade. Nesse exato contexto é que surge o pós-positivismo jurídico, não como desconstrução, mas autêntica superação do conhecimento convencional. Embora guardasse deferência quanto ao ordenamento positivo, nele reintroduziria a justiça e a legitimidade².

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 02 jul. 2012, p.12.



O panorama de manifesta perda de legitimidade da produção legislativa aponta em direção do enfraquecimento do papel da lei enquanto clássica limitadora do Estado e garantidora das liberdades individuais. Gustavo Binbenbojm expõe cinco razões para o desprestígio da lei formal nesta conjuntura:

- a) O excesso de leis, inspirado pelo mito da completude do ordenamento jurídico e do aumento das funções do Estado.
- b) A constatação de que a lei poderia legitimar a barbárie.
- c) A constitucionalização do Direito e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.
- d) Uma série de atos normativos do Poder Executivo, suficientes a disciplinar a atuação do Estado.
- e) O controle pelo Poder Executivo do processo legislativo pela coalizão de forças³.

Esvazia-se, assim, a argumentação em torno de uma pretensa identificação entre legalidade e segurança jurídica. Ao contemporizar a importância da vinculação à legalidade, o pós-positivismo jurídico conduz a uma adequação do Direito, introduzindo no campo jurídico mudanças profundas de perspectiva que conferiram maior poder e autonomia aos órgãos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que acarretaram conseqüentemente complexidade bem maior ao ato decisório.

Ao novo papel do operador do Direito que se descortina no pós-positivismo jurídico podem ser apontadas, em caráter preliminar, as seguintes características:

- a) Interpreta e aplica o Direito não mais do ponto de vista meramente formal, mas pelo reconhecimento de um seu conteúdo ético e moral, que se evidencia na exata medida da concretização dos princípios e dos direitos fundamentais, especialmente aqui considerando o da dignidade humana enquanto vértice do ordenamento jurídico.
- b) Interpreta os conceitos indeterminados e as normas de textura aberta no propósito de conferir, em sua maior medida, um sentido atual e socialmente compartilhado ao ordenamento jurídico, sem perder de vista os ideais de justiça e de legitimidade que devem conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico como um todo.
- c) Não mais se encontra vinculado aos restritos termos da legalidade, mas à noção mais abrangente de juridicidade, entendida como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127-136.

Nova disciplina dos princípios

Pode ser afirmado, diante das considerações supra, que o pós-positivismo jurídico confere a verdadeira dignidade normativa aos princípios, situando-os em patamar igual ou superior àquele outrora reservado exclusivamente às regras de Direito. Neste momento é que ocorre o resgate dos valores para dentro do Direito, equilibrando a relação entre segurança e correção jurídicas.

É importante frisar que a previsão literal dos princípios atende bem mais à cultura legalista clássica, que apenas reconhece efeitos jurídicos ao quanto expresso literalmente por intermédio de um enunciado normativo. Se todo princípio é uma decorrência do sistema de normas, pela redução sucessiva e retroativa de juízos prescritivos, a simples circunstância da ausência de consignaço expressa assume ares de um irrelevante jurídico, na medida em que não afeta a existência ou não do princípio, nem tampouco influi no seu potencial de gerar efeitos. E o inverso também é verdadeiro. A simples denominação expressa de “princípio” no seio de um enunciado normativo não transforma algo em princípio.

Para Robert Alexy, princípios são normas porque formulados por intermédio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição, funcionando, tanto quanto as regras, como razões para juízos concretos de dever-ser. Embora reconheça que o critério da generalidade é o mais utilizado para distinguir princípios de regras, informa que entre estas duas espécies normativas não existe uma diferença de grau, mas qualitativa⁴. Para ele:

princípios são, [...], *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível⁵.

Enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da validade de outra – essa por intermédio de critérios da cronologia, da hierarquia ou da especialidade –, a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro. Trata-se aqui da relação de precedência condicionada (ou ainda concreta ou relativa), na qual o conflito é resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, de modo a definir qual deles, embora os respectivos valores abstratos estejam no mesmo nível, apresenta um peso maior conforme as circunstâncias do caso concreto.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87-90.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.



Não há soluções prontas e acabadas, pois toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, o que, por si só, já acarreta a diversidade. O que a concretização da segurança jurídica nos moldes pós-positivistas reclama são, em verdade, consensos de argumentação – tão duradouros quanto as novas circunstâncias reais cambiantes lhes imponham que sejam – entre os operadores do Direito.

Eficiência administrativa no direito brasileiro

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, acrescentou ao rol de princípios previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da eficiência.

Desde 1967, em âmbito infraconstitucional, o Decreto-lei 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, já disciplinava normativamente no setor público a eficiência administrativa, ao estabelecer o âmbito de controle de resultado das atividades da Administração (art. 13), a racionalização do trabalho administrativo mediante a simplificação de processos e a supressão de controles puramente formais ou cujo custo fosse evidentemente superior ao risco (art. 14), entre outras medidas.

Por outro lado, independente da referida Emenda Constitucional, é verificado que a eficiência administrativa já se encontrava implícita no texto constitucional brasileiro desde a sua promulgação em 1988, na medida em que este, ao tratar, por exemplo, da fiscalização da Administração Pública previa expressamente que os três Poderes deveriam manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência*, da gestão e da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II). Se à Administração Pública desde então competia demonstrar que havia agido de forma eficiente em sua gestão, se torna claro que o direcionamento de sua conduta já se encontrava ali vetorizado por um mandamento otimizador no sentido da eficiência.

Também são observadas referências diretas ou indiretas ao controle da eficiência nos art. 70, *caput*; 175, parágrafo único; e 144, §7º, todos do texto original da Constituição Federal. Em razão disto afirma-se que o princípio da eficiência administrativa se encontrava, mesmo antes da aludida Emenda, implícito no texto constitucional, pois perfeitamente inferido a partir do texto constitucional sistematicamente interpretado.

Aliás, seria mesmo o caso de indagar se tal princípio não teria origem no que Eros Roberto Grau denominaria de Direito pressuposto⁶, aqui compreendido como todas as decorrências normativas da condição do Estado Democrático de Direito.

De fato, não há como se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e conseqüentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência administrativa. Nas democracias modernas é possível concluir que esta característica do agir estatal é transcendente ao texto positivado. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que reali-

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p.144-147.

zem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Para além de compromissos ideológicos ou político-partidários, a positivação do princípio da eficiência administrativa no texto constitucional representa, em verdade, no campo simbólico, bem mais um compromisso e uma expectativa da sociedade brasileira em um aparato estatal funcional, que realmente traduza o Estado Democrático de Direito e satisfaça ao interesse público, concretizando os direitos fundamentais.

O setor público apenas deve ser eficiente em favor da realização do interesse público e não para si mesmo. Aqui, somente por via oblíqua, é que eventualmente podem ser produzidos benefícios em favor dos interesses da própria Administração Pública. A racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados se encontra direta e imediatamente vinculada ao atendimento dos interesses de toda a sociedade da melhor forma possível. Esta inversão de perspectiva permite deduzir a impossibilidade de adoção em sua inteireza da lógica da iniciativa privada, diante das diversas variáveis que condicionam e simultaneamente são condicionadas pelos resultados da atividade do Poder Público.

Segundo Sylvie Trosa, o Estado muda porque a sociedade muda. O bom desempenho da Administração Pública implica na passagem do universal abstrato a soluções específicas, o que pressupõe que os servidores disponham de meios para analisar o método e a gama de instrumentos mais adaptados. As respostas mais bem adaptadas às expectativas do usuário necessitam da reorganização dos serviços, da racionalização e simplificação dos procedimentos e do trabalho em equipe de projetos flexíveis⁷.

A Administração Pública, consoante explica Onofre Alves Batista Júnior, encontra-se vinculada à busca pelo bem comum e à necessidade de assegurar a dignidade humana aos cidadãos, motivo pelo qual deve fomentar o arranjo otimizado de interesses públicos envolvidos no caso concreto, atuando de forma eficiente nas prestações estatais que garantam condições mínimas de existência digna⁸.

É característica da eficiência administrativa um imperativo de maximização da funcionalidade da Administração Pública, ou seja, potencializar a sua atuação no sentido da consecução do interesse público e salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

Trata-se de um compromisso permanente e obrigatório do agente público, em qualquer de suas atribuições, contra a má utilização e o desperdício de tempo e recursos materiais e humanos. Agir de forma eficiente no setor público significa assim empregar não mais que os procedimentos, as medidas e os recursos suficientes e estritamente necessários ao tempestivo e perfeito alcance da finalidade pública almejada em cada hipótese concreta.

Humberto Ávila sustenta uma espécie de relação entre proporcionalidade e eficiência, enquanto dois postulados normativos aplicativos. Para ele, no exame da adequação,

⁷ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.19, 40-41.

⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 129-130.



a Administração Pública teria o dever de comparar os meios disponíveis, mas não seria necessário escolher o meio mais intenso, melhor ou mais seguro, e sim apenas aquele que promovesse minimamente o fim. Enquanto isso, o dever de eficiência corresponderia à exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à Administração Pública, sendo vedada somente a escolha de meios que não promovesse os fins de forma satisfatória em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para além da mera adequação dos meios aos fins, seria exigida do administrador, pela eficiência, a promoção minimamente intensa e certa do fim⁹.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, no entanto, a proporcionalidade tem “a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”¹⁰. Não é essa, contudo, a mesma natureza da norma que disciplina a eficiência administrativa, que, pelo contrário, exige que o seu valor substancial seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

O princípio da eficiência administrativa pode ser conceituado como aquele que *discrimina a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais*.

Eficiência e discricionariedade

Definido o que se entende por eficiência administrativa, é importante ressaltar que a aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, tal como este, não autoriza concluir que haja rigorosamente uma escolha discricionária do operador do Direito, pois a delimitação de sentido envolverá sempre componente derivado de um entendimento consensual.

De acordo com Celso Luiz Braga de Castro, não há atrelamento entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade administrativa. Para ele, a indeterminação de conceitos não confere amplitude de ação ao agente público, mas apenas *postura de interpretação*. Enquanto isso, a discricionariedade apenas ocorrerá na medida em que a lei a estabeleça, não como forma de conferir liberdade, mas como meio de avaliar contemporaneamente a conduta mais adequada aos fatos¹¹.

Em verdade, a única solução correta pressupõe uma apreciação racional a partir da interpretação do conjunto de normas do ordenamento jurídico, sistema este cujas notas

⁹ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2012, p.21-24.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.168.

¹¹ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.40-41.

de unidade e coerência são baseadas em princípios gerais e não permite concluir pela diversidade de tratamento para casos concretos singulares idênticos.

Ao se redesenhar a vinculação à legalidade, para uma relação mais abrangente e de imprescindível conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, é evidente que o espaço de liberdade para atuação discricionária na esfera tipicamente administrativa tendeu naturalmente a diminuir. Mesmo diante da previsão legal do poder discricionário, o agente público se encontra vinculado à concretização do arcabouço de princípios implícitos e explícitos decorrentes do sistema jurídico, vale dizer, às balizas da juridicidade. A rigor, se encontra superado o clássico antagonismo entre conduta vinculada e conduta discricionária, passando a somente se tratar de graus distintos de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Para António Francisco de Sousa, as noções de boa administração e de “caráter técnico” de certas decisões são realidades inegáveis na Administração moderna, sempre devendo ser, porém, integradas no mundo jurídico. A lei quer e impõe a boa administração, sendo que as regras técnicas nada mais são do que instrumentos para se chegar a essa mesma boa administração. A escolha do critério ou regra técnica é uma questão igualmente técnica e integrada no mundo jurídico, não havendo quanto a elas verdadeira escolha, mas pura e simples vinculação ao critério correto ou, no mínimo, ao mais adequado¹².

No quadro pós-positivista, o princípio da eficiência administrativa se apresenta como um dos critérios de controle do poder discricionário. Trata-se de avaliar se, no exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, o agente público potencializou, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público.

Eficiência e legalidade

Há quem entenda em sede doutrinária que a eficiência administrativa jamais poderá sobrepor à legalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, disserta que:

[...]tal princípio [da eficiência] não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência¹³.

Paulo Modesto, por seu turno, destaca que:

[...]ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, penso que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da própria

¹² SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.100.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.122.



legalidade, percebida sob um ângulo material e não apenas formal. [...] O princípio da eficiência compõe uma das faces materiais do princípio da legalidade da administração pública, destacado pela Constituição por razões pragmáticas e políticas¹⁴.

No processo interpretativo, não é somente necessário apreciar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica no caso concreto. Ao revés, entendendo que, por definição, não existem princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios, deve ser também cotejada a importância de direcionar a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

Entende-se aqui, porém, que a vinculação à legalidade não possui a natureza de um princípio, mas de uma regra instrumental que visa a concretizar o princípio que lhe é subjacente, o da segurança jurídica.

A segurança jurídica exige que não sejam frustradas as expectativas da sociedade, tanto em relação ao cumprimento dos comportamentos regrados, quanto na atuação do Estado de forma eficiente e garantindo resultados úteis. Em última análise, a certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança jurídica, tendo em vista o princípio da confiança na Administração. Logo, não há falar em dicotomia entre os valores da eficiência administrativa e da segurança jurídica.

O agir estatal eficiente é transcendente ao texto positivado, justamente porque se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. É possível assim concluir que esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública. O trabalho interpretativo e aplicativo, portanto, há sempre de compatibilizar o sentido da norma que permita a única realização do máximo possível e alcançável quanto à satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

Não se trata aqui – é importante frisar, para impedir um raciocínio reducionista – do afastamento puro e simples da regra de vinculação do administrador público à legalidade, todavia de uma atividade complexa de ponderação diante de manifesta ineficiência administrativa que *poderá*, conforme as circunstâncias do caso concreto, conduzir a este resultado. Como já sustentado, para afastar a aplicação de uma regra, devem ser também superados os princípios que fixam que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devam ser seguidas e que a prática reiterada não deve ser relativizada sem motivos.

¹⁴ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2012, p.6.

Nos moldes pós-positivistas do Direito, a concretização da segurança jurídica reclama, não mais uma vinculação estrita aos termos da lei, mas sim a princípios e consensos de argumentação entre os operadores do Direito. Não é somente necessário apreciar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica no caso concreto. Ao revés, entendendo que, por definição, não existem princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios, deve ser também cotejada a importância de direcionar a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

Conclusões

Ao novo papel do operador do Direito que se descortina no pós-positivismo jurídico podem ser apontado que este não mais se encontra vinculado aos restritos termos da legalidade, mas à noção mais abrangente de juridicidade, entendida como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

Enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da validade de outra – essa por intermédio de critérios da cronologia, da hierarquia ou da especialidade –, a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro. Não há soluções prontas e acabadas, pois toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, o que, por si só, já acarreta a diversidade.

Não há como se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e conseqüentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência administrativa. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

O princípio da eficiência administrativa pode ser conceituado como aquele que direciona a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

No quadro pós-positivista, o princípio da eficiência administrativa se apresenta como um dos critérios de controle do poder discricionário. Trata-se de avaliar se, no exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, o agente público potencializou, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público.

A certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança jurídica, tendo em vista o princípio da confiança na Admi-



nistração. Logo, não há falar em dicotomia entre os valores da eficiência administrativa e da segurança jurídica.

O agir estatal eficiente é transcendente ao texto positivado, justamente porque se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. É possível assim concluir que esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência**. Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Jus navigandi, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvio de conduta na administração pública**. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, António Francisco de. **«Conceitos indeterminados» no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

TROSA, Sylvie. **Gestão pública por resultados: quando o estado se compromete**. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Liberdade Sindical e Diálogo Social

Julio Bernardo do Carmo.¹
In Memoriam.²

O trabalhador só poderá conquistar uma vida digna e decente com o suor de seu trabalho se tiver a possibilidade, juntamente com seus colegas de profissão, de defender seus direitos sociais mínimos, além de poder participar de toda e qualquer política social que tenha como objetivo determinar e regulamentar as suas condições de trabalho.

Não pode ser olvidado que, em termos de Direito Coletivo do Trabalho, a união faz a força, já que um trabalhador sozinho, sem aliados, isolado no exercício de sua atividade profissional torna-se presa fácil para os inescrupulosos detentores do capital que não hesitam em sobrepor os lucros da empresa ao cumprimento rigoroso e metódico da legislação do trabalho, olvidando que todo e qualquer trabalhador tem sim o direito universal a uma vida decente.

Tome-se o exemplo clássico, sempre citado, do famoso feixe de varas, figurativamente demonstrando a força da união coletiva, onde facilmente seria possível ao patronato romper uma ou outra vara, não tendo força, todavia, para destruir o feixe inteiro.

E dentro desta perspectiva da união coletiva de trabalhadores, a partir de instrumentos legais postos à sua disposição pelo moderno Estado Democrático de Direito, sempre sob a tutela inafastável do sindicato de classe, representa um papel relevantíssimo a chamada liberdade sindical principalmente quando aliada ao imprescindível diálogo social, certamente, as ferramentas mais importantes propiciadas pelo Direito Coletivo do Trabalho para se alcançar um quadro estável de justiça social, de defesa e de reforço dos princípios democráticos que devem inspirar as nações livres do mundo civilizado.

O que se observa em muitos países do mundo é que as organizações sindicais, legítimas associações que representam e defendem os direitos sociais dos trabalhadores, não raro são objeto de ataques, principalmente nos países onde se adota uma política neo-liberal, pois divisam nessas incursões e intervenções à liberdade sindical típicas medidas necessárias para que se oponham freios e barreiras obsoletas para se alcançar a construção de uma pseudo economia moderna, estruturada nos moldes do livre mercado, onde o trabalhador é considerado um mero produto na obtenção da riqueza, reputando-o peça sem nenhum

¹ Julio Bernardo do Carmo é desembargador federal do trabalho presidente da 4a. Turma e da 2a. SDI do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região.

² In Memoriam. Dedico o presente trabalho doutrinário a duas figuras notáveis do juslaborismo nacional, Alice Monteiro de Barros e Amauri Mascaro Nascimento, que dedicaram toda uma vida ao engrandecimento do Direito do Trabalho, através de um sacerdócio árduo e incansável, seja no magistério ou na magistratura, onde sempre brilharam pelas suas judiciosas lições de direito e que legaram para a posteridade obras jurídicas de grande envergadura que durante anos a fio moldaram a inteligência jurídica nacional.



valor, onde despido de sua dignidade humana, é visualizado como mero fator de produção, quase um empecilho ao alcance dos índices otimizadores da prosperidade empresarial.

Diante da realidade irreversível da globalização no mundo moderno, onde as empresas procuram ao máximo obter lucros escorchantes em detrimento da real valorização do trabalho humano, os sindicatos são continuamente desafiados para não só adquirir uma melhor expressividade, que se mensura através do raio de ação de sua representatividade em face dos integrantes da categoria, como também são levados a intensificar ao máximo as possibilidades de um diálogo social.

Melhor representatividade e uso constante do diálogo social são as ferramentas imprescindíveis para que os sindicatos possam arrostar, de forma decente, uma heterogeneidade sempre crescente do mundo do trabalho, a qual exige respostas diversificadas e adaptadas a cada contexto social.

Se se observar sua criação e evolução nos diversos países do mundo, constata-se, de fato, que os sindicatos desenvolveram-se progressivamente em exato compasso com as alterações da economia mundial, tudo provocado e tendo como epicentro a Revolução Industrial, de cujo seio surgiram paulatinamente grandes conglomerados industriais.

O nível miserável de vida dos trabalhadores nesta fase de implementação da Revolução Industrial no mundo rendeu balizas para que as relações coletivas de trabalho adotassem, pouco a pouco, uma fisionomia nitidamente institucional, assim estabelecida no âmago de cada nação, tudo coincidindo com a expansão e o aprofundamento da noção de democracia.

Vemos assim, pouco a pouco, sendo criadas instituições de amparo ao trabalho digno e decente, à medida em que se acirrava a exploração capitalista, cujo objetivo era explorar ao máximo a força de trabalho do ser humano, sem oferta de nenhuma contrapartida salutar, seja em termos de salários condizentes ou de condições seguras de trabalho, pois o que imperava nesse odioso mundo capitalista eram as mansardas do proletariado, massa servil que não conseguia retirar de sua força de trabalho o mínimo necessário para ter uma vida respeitosa.

Após a primeira guerra mundial, surgiram os primeiros sinais de uma tomada de consciência a respeito de uma coordenação de forças internacionais mais efetivas que passaram a atuar nos planos políticos e social, daí porque foram criadas simultaneamente em 1919, a Sociedade das Nações (ancestral das Nações Unidas) e a Organização Internacional do Trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou em 1948 e 1949 duas convenções que enunciam os principais elementos da liberdade sindical e do direito de organização dos trabalhadores, tendo igualmente realçado a importância da negociação coletiva.

A Convenção 87 (1918) consagra o direito dos trabalhadores e dos empregadores, sem prévia autorização, de constituir organizações de sua livre escolha, bem como o direito de nelas se inscrever, a par de estabelecer um conjunto de garantias que objetivavam o

livre funcionamento das organizações de classe, devendo as autoridades públicas se absterem de toda e qualquer intervenção, não podendo seja dissolvê-las ou suspender pela via administrativa seu livre funcionamento.

A Convenção 98 (1949) prevê a proteção contra a discriminação sindical, a proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra todos os atos de ingerência estatal em seu funcionamento, a par de adotar medidas objetivando promover e favorecer a negociação coletiva.

Em virtude dessa convenção, os trabalhadores devem se beneficiar de uma proteção adequada contra os atentados à liberdade sindical, especialmente contra toda e qualquer medida que tenha como objetivo subordinar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a determinado sindicato, ou mesmo que dele se dissocie para obter o emprego, sendo que, de igual sorte, não podem ser discriminados ou pressionados em virtude de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais.

No que pertine ao diálogo social, a própria Organização Internacional do Trabalho o define como inclusivo de todos os tipos de negociação ou pura e simplesmente a troca de informações entre os representantes do governo, os trabalhadores e os empregadores, no que pertine a questões de interesse comum ligadas à política econômica e social.

Esse modelo de diálogo social funcionou bem naqueles países que optaram pela adoção do Estado-Providência.

O Estado do bem-estar social foi colocado em xeque a partir dos anos 80, tendo como causa igualmente a queda ou influência de poder do bloco soviético que ocorreu no fim deste mesmo decênio, fazendo surgir concepções diferentes a propósito do papel do Estado, principalmente no âmago das relações existentes entre o capital e o trabalho.

Tais relações e concepções a respeito do verdadeiro papel do Estado no mundo da economia e do trabalho foram permitidas ou mesmo provocadas pelas alterações ocorridas nas relações de força existentes entre eles, e também pela evolução tecnológica dos meios de comunicação e de transporte, fatores que favorecem em grande medida a mundialização das atividades de produção, conjugadas ao recurso às subcontratações ocorridas nos países em desenvolvimento.

Esta subcontratação faz-se sentir em um primeiro momento naqueles setores onde predominava uma mão de obra desqualificada ou pouco qualificada, com disponibilidade assim de um bom mercado de trabalho, depois progressivamente em cenários diversificados que dependem de tal mão de obra, tida por um bom mercado de trabalho, já que não ostentava a proteção de uma legislação social ou de um direito do trabalho interventivo, não encontrando assim barreiras à expansão desse tipo de mercantilismo.

Tudo isso poderia representar a institucionalização de uma concorrência desleal ou mesmo o mero oportunismo de capitalistas atraídos pela possibilidade de lucros mais exorbitantes, aproveitando-se da miséria e da ausência de organização de países menos desenvolvidos ou que em meio a explosões de desenvolvimento econômico e de aqueci-



mento de mercado, oferece bolsões de misérias compostos por trabalhadores não protegidos adequadamente pela legislação do trabalho, citando-se o exemplo da China e dos chamados tigres asiáticos.

Esta experiência de aproveitamento máximo de mão de obra barata em países que não contam com uma legislação social protetiva acaba gerando problemas de típica governança mundial, tendo os países mais evoluídos industrialmente sugerido medidas de combate ao dumping social, inclusive mediante a inserção de cláusulas sociais nos contratos internacionais de comércio, objetivando assim um equilíbrio mais escorreito da livre competição por mercados, sem a ameaça da chamada concorrência desleal.

A idéia seria boicotar os países que adotassem esse tipo de concorrência desleal, impondo além de multas pecuniárias e indenizações, a chamada restrição de consumo de seus produtos no mercado mundial.

Trata-se de uma luta inglória porque os países mais desenvolvidos industrialmente são os primeiros a dar o mal exemplo de fazer instalar nos países carentes de proteção social e de legislação trabalhista eficaz as suas multinacionais, obtendo com tais artifícios lucros exorbitantes.

Surge daí a grande importância de uma internacionalização das organizações de trabalhadores, de sindicatos, que possam combater com armas eficazes a transnacionalização da finança.

Dentro deste contexto crucial de combate efetivo à transnacionalização da finança exerce papel decisivo o incremento do diálogo social entre as instituições representativas de trabalhadores e dos empregadores com os governos locais e internacionais objetivando o alcance por parte de todos os países de um nível de vida decente e digno de seus trabalhadores, livre do assédio e injunções de um capitalismo desvairado.

Em que consiste realmente o diálogo social?

Como já foi ressaltado alhures o diálogo social é definido pela Organização Internacional do Trabalho como inclusivo de todos os tipos de negociação ou mais simplesmente como a troca de informações entre os representantes do governo, os trabalhadores e os empregadores a propósito de questões de interesse comum ligadas à política econômica e social.

O diálogo social pode existir sob a forma de um proceso tripartite, atuando o governo ora como parte oficial do diálogo ou pode também ser composto de relações bipartites entre trabalhadores e empregadores, atuando as organizações sindicais e patronais, com ou sem participação direta do governo.

A consulta pode ser institucionalizada ou informal, ou uma combinação de ambas.

A consulta pode ostentar um nível nacional, regional ou ser restrita ao âmbito da empresa.

A consulta pode ser interprofissional, setorial ou uma combinação de ambas.

Para que o diálogo social funcione, o Estado não pode adotar uma postura passiva, mesmo quando não figura como o ator direto no desenvolvimento do processo interativo.

A função precípua do diálogo é criar um clima político e civil estável, que permita a organização de empregadores e de trabalhadores funcionar livremente, sem receio de represálias.

Mesmo naquelas situações onde as relações dominantes são oficialmente bipartites, é preciso que o Estado forneça uma peça de sustentação essencial às ações das partes envolvidas no diálogo, colocando à sua disposição mecanismos jurídicos e institucionais que lhes permitam agir de forma eficaz.

A intensificação desse diálogo para o plano internacional, objetivando um concerto entre as nações e os órgãos institucionais representativos de trabalhadores e empregadores pode em muito contribuir para a erradicação de atos antisindiciais e do dumping social em escala mundial.

Muitos estudiosos já propagam que esta “globalização sindical” já se encontra em curso e cada vez mais se amplia, ou seja, sindicatos expressivos reagrupando um grande número de sindicatos nacionais são criados e estão em pleno desenvolvimento.

Cite-se como exemplo a criação em 2006 da Confederação Sindical Internacional (CSI), fruto da aproximação da Confederação Internacional dos Sindicatos Livres e a Confederação Mundial do Trabalho.

A Confederação Sindical Internacional (CSI) conta atualmente com 400 (quatrocentos) sindicatos que representam 200 (duzentos) milhões de trabalhadores.

Ela, a CSI, se coloca em posição de vantagem e de interlocutora de peso para encetar operações de lobbying junto a Instituições Multilaterais.

A CSI tem grande peso no cenário internacional e ocupa um território de lutas e reivindicações que se confronta de forma mais favorável com as grandes empresas multinacionais.

De fato, os sindicatos têm muitas dificuldades para se organizarem e também de adaptarem suas ações institucionais frente à volatilidade das atividades de empreendimentos transnacionais e de sua política econômica de subcontratações e de externalização de suas atividades mais essenciais.

Cita-se a miúdo o exemplo das zonas francas, onde prevalece a mão de obra do bom mercado, majoritariamente feminino, que fica à mercê dos empreendedores internacionais, tudo com a cumplicidade dos governos-sede que aceitam e favorecem o surgimento dessas zonas francas totalmente desobrigadas do cumprimento de um direito do trabalho e fiscal tutelares.



Deve ser realçado igualmente nesse contexto a exploração impiedosa do trabalho dos imigrantes, um labor marginalizado porque cada vez mais empreendido sem vínculo ou proteção social.

A preocupação aqui é com os trabalhadores imigrantes, costumeiramente explorados sob o manto da clandestinidade, cujo número se eleva em termos globais a 191 (cento e noventa e um) milhões de pessoas, sendo todos eles extremamente vulneráveis em face de sua exclusão social.

Muitos imigrantes trabalham na clandestinidade e escapam por meios artificiosos de seus arregimentadores do campo de visão dos sindicatos clássicos.

Eles – os imigrantes clandestinos são filiados ao imenso domínio da economia informal, que por definição designa atividades econômicas que, seja no aspecto da legislação ou da prática trabalhista, não são cobertos pelas disposições formais de proteção ao trabalho.

Os sindicatos reputam da mais alta importância constituir organizações no seio da economia informal, porque eles se deram conta de que torna-se inadiável aglutinar de forma mais organizada e institucional a mão de obra informal, não apenas porque tais trabalhadores aliados do mercado de trabalho constituem uma significativa massa operária de trabalhadores invisíveis e sem direitos, como também porque eles desejam estar em condições de negociar em favor de trabalhadores organizados segundo os tradicionais esquemas sindicais.

Vale ressaltar a dimensão enorme e multiforme dessa economia informal onde não se aplicam as proteções legais dos trabalhadores formais e onde são ressentidas organizações que possam reagrupar tais trabalhadores com o objetivo de perseguir uma qualidade de vida mais decente.

Se no âmbito do trabalho informal, degradante e clandestino, o diálogo social ainda não logrou práticas justas de um trabalho digno e decente, sua eficácia é cada vez mais intensa no âmbito do trabalho formal, se considerarmos que as boas práticas laborais foram alcançadas através desse meio de interação social, sendo exemplo disso, dentre inúmeros outros, a jornada de oito horas de trabalho, a proteção à maternidade, a proteção contra os acidentes de trabalho, o combate ao trabalho escravo e infantil e toda uma gama de direitos sociais dos trabalhadores que antes de se tornarem perenes nos textos legais incluíram o rol de lutas dos sindicatos de classes e de atores sociais comprometidos com a dignidade do trabalho humano.

Em suma a plena liberdade sindical associada ao diálogo social têm a grande virtude de alcançar para os trabalhadores, seja no âmbito formal ou informal, condições mais dignas de trabalho, procurando o ponto de equilíbrio entre o capital e trabalho, que há de sempre prestigiar a existência de um trabalho digno e decente.

Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em linhas gerais

Manfredo Schwaner Gontijo¹

Resumo: O presente trabalho apresenta o processo de evolução histórica do Constitucionalismo desde a Idade Antiga até a Idade Contemporânea, dando destaque à caracterização do movimento denominado Neoconstitucionalismo, o qual foi resultado da transformação ocorrida no modelo constitucional que se iniciou na Europa ocidental após a 2ª Guerra Mundial e no Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 05 de outubro de 1988.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Constitucional. Constituição.

Abstract: The present work aims to show the whole historic evolution about the Constitutionalism since the ancient age until the contemporary age, with emphasis in to describe the movement called Neoconstitutionalism, which was the result of the transformation occurred in the Constitutionalism model, in Europe, after the second world war and, in Brazil, after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, on the 5th October 1988.

Key words: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Constitutional. Constitution.

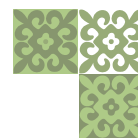
1 Introdução

O objetivo precípua deste estudo é apresentar o processo de transformação do modelo constitucional que ocorreu na Europa ocidental após a 2ª Guerra Mundial e no Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 05 de outubro de 1988, durante o período chamado de Neoconstitucionalismo, com ênfase para a força normativa da Constituição.

Para isso, foi necessária uma abordagem histórica, de forma sintética, da evolução do Constitucionalismo desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, pela Idade Moderna, pela Idade Contemporânea até as perspectivas de sua manifestação futura.

Examinou-se, ainda, as peculiaridades dos princípios e das regras constitucionais bem como a mencionada força normativa das Cartas Constitucionais, a qual restou demonstrada efetivamente, por intermédio de julgados recentes de Cortes brasileiras e portuguesas, com destaque para a aplicação dos princípios constitucionais nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

¹ Bacharel em Administração de Empresas. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Administração de Marketing. Servidor Público Efetivo do TRT 3ª Região



2 Constitucionalismo

2.1 Conceito de Constitucionalismo

Pode-se dizer, inicialmente, que a denominação Constitucionalismo foi criada em tempo recente, no entanto, vários conceitos sobre esta expressão foram formulados, em razão da diversidade geográfica, temporal e cultural, o que gera uma indefinição da precisão do termo no meio acadêmico.

André Ramos Tavares assinala que o termo Constitucionalismo pode ter as seguintes acepções: limitação do poder arbitrário; imposição de que haja Cartas Constitucionais escritas; indicação dos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das Constituições nas mais diversas sociedades e referência a uma evolução histórico Constitucional de um determinado Estado.

O renomado constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho apregoa que o Constitucionalismo é

a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Para ele, o Constitucionalismo é uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

O professor Kildare Gonçalves Carvalho assinala que o Constitucionalismo “consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder.”

Walber de Moura Agra afirma que “o Constitucionalismo significa que as condutas sociais devem ser determinadas por normas, e o ápice da escala normativa reside nas normas constitucionais.”

O conceito mais aceito e difundido é aquele que se refere ao Constitucionalismo moderno, visto como um movimento político, social e jurídico que culminou na organização do Estado, por intermédio da previsão de direitos e garantias fundamentais, em uma Constituição, tendo por finalidade a limitação do poder estatal arbitrário e absolutista que reinava no final do século XVIII, de forma irrestrita pelos monarcas.

Pode-se extrair dos conceitos mencionados que o Constitucionalismo está associado necessariamente a três idéias básicas: garantia dos direitos, governo limitado e separação dos poderes estatais, a qual terá como suporte o sistema de freios e contrapesos.

Este movimento é político pelo fato de sua articulação ter objetivado o interesse comum da população, alterando a forma de se governar. É social, por ter tido o apoio das massas sociais, principalmente da classe burguesa que ansiava pela derrocada do absolutismo, dos privilégios concedidos à nobreza e ao clero, a fim de ter seus direitos individuais de livremente comerciar e de dispor de seu patrimônio garantidos, sem a interferên-

cia estatal e é jurídico, pois resultou na criação de uma Constituição, uma lei suprema que viria a reduzir o alcance do poder estatal vigente.

A incongruência que se encontra na conceituação supra é a de que o termo Constitucionalismo está necessariamente associado ao documento da Constituição, porém há que se observar que dentre os três Estados em que esse movimento constitucional teve bastante proeminência, quais sejam Reino Unido, França e Estados Unidos, no primeiro não houve tal documento e sim diversas declarações, atos e leis elaboradas ao longo dos anos que formam uma Constituição, as quais ainda estão vigentes, configurando-se, desta forma, uma situação peculiar, a qual será analisada em linhas próximas.

Por outro lado, com um olhar voltado para os casos concretos, houve situações mais recentes em que existiam as Constituições escritas, com a positivação dos princípios inerentes ao Constitucionalismo, porém seus dispositivos, os quais incluíam direitos e garantias fundamentais, não eram cumpridos, em razão da existência de regimes autoritários que ditavam seus próprios direcionamentos, alheios às imposições e limites normativos existentes, a exemplo do ocorrido nas diversas ditaduras implantadas na América Latina, na segunda metade do século XX.

Apesar de a conceituação e caracterização do termo Constitucionalismo, da forma como se sabe atualmente, se referir ao movimento moderno que se iniciou no século XVIII, nos tópicos seguintes será feita uma descrição da forma como ele se manifestou desde os tempos antigos.

2.2 Evolução Histórica do Constitucionalismo

2.2.1 Considerações Gerais

As discussões doutrinárias acerca do tema Constitucionalismo, de sua definição e a própria teoria constitucional desenvolveram e se desenvolvem já no período contemporâneo, não obstante para que se possa entender tal fenômeno, o seu desenvolvimento bem como a conjuntura político-constitucional atual, faz-se necessário analisar as diversas experiências jurídicas ocorridas no passado, as quais podem ser consideradas como movimentos constitucionalistas, desde que guardadas as devidas proporções dos pontos de vista político, econômico, social e religioso.

Aspecto interessante a ser observado neste capítulo é como ocorreu a evolução das declarações dos direitos fundamentais desde as manifestações religiosas do Estado teocrático Hebreu até a sua previsão nas Constituições contemporâneas.

Antes de adentrarmos nos diversos modelos de Constitucionalismo, cabe fazer a seguinte distinção das fases históricas, as quais servirão de referências para se verificar as peculiaridades de sua evolução: Idade Antiga (de 4.000 a.C até o século V, ano 476 d.C, em que houve a queda do império romano do ocidente, em decorrência da invasão dos bárbaros); Idade Média (476 a 1453, ano este em que ocorreu o fim do império romano



do oriente, com a queda de Constantinopla); Idade Moderna (1453 a 1789, ano em que foi instaurada a Revolução Francesa); Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais).

2.2.2 Constitucionalismo na Idade Antiga

2.2.2.1 Estado Hebreu

A primeira experiência jurídico constitucional de limite de poder político de que se tem notícia surge na Antiguidade Clássica, no Estado Hebreu.

Este Estado, cuja primeira referência se tem por volta do ano 1.200 a.C, era teocrático e sua organização tinha como fontes do direito as leis não escritas, os costumes e a religião. Os chefes familiares e os líderes dos clãs eram que definiam as leis que a sociedade deveria seguir, os quais representavam o poder divino na terra. Os profetas eram quem limitavam o poder das autoridades, por meio da fiscalização e punição, quando elas extrapolavam o Direito religioso, o qual era baseado na Bíblia e que era passado de geração para geração. Predominava a chamada “Lei do Senhor”.

Marcelo Novelino destaca que as principais características destes povos eram

I) existência de leis não escritas ao lado dos costumes (opinio juris et necessitatis), principal fonte dos direitos; II) forte influência da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deuses na terra; III) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade (ordálias) e manter a coesão do grupo; e, IV) tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes (verdadeiros precedentes judiciais).

Karl Loewenstein foi o primeiro responsável pela identificação deste antigo Constitucionalismo oriental.

2.2.2.2 Cidades-Estado Gregas

Após a análise do Estado Hebreu, passa-se ao estudo do Constitucionalismo grego, que surgiu antes do de Roma, e tinha como pontos centrais a pacificação social e política, e ali iniciou uma forma de racionalização do poder.

As cidades-estados gregas foram palco das primeiras manifestações reais de uma Democracia Constitucional, o que se observou no período compreendido entre os séculos V a III a. C. A Democracia era direta e os cargos públicos da época eram acessíveis a todos os cidadãos, por meio de sorteio e por tempo limitado. Karl Loewenstein assinala que esta Democracia “era o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos.”

Luis Roberto Barroso afirma que em Atenas se praticaram idéias e institutos que se conservam até hoje “como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação

entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos. “

Marcelo Novelino apresenta as seguintes características deste Constitucionalismo:

I) a inexistência de Constituições escritas; II) prevalência da supremacia do parlamento; III) a possibilidade de modificação das proclamações constitucionais por atos legislativos ordinários; e IV) a irresponsabilidade governamental dos detentores de poder.

Observa-se, neste contexto, que a limitação do poder ocorria por intermédio da participação direta das pessoas nas decisões sobre assuntos de interesse comum, ainda que o número de cidadãos perante a população total fosse bastante inexpressivo. Inocorria neste modelo decisões impostas de forma arbitrária sem a concordância dos cidadãos.

Ressalta-se, por fim, a contribuição que a filosofia política de Aristóteles e Platão deram para este modelo, tais como: o ser humano como centro da sociedade política, a valorização da legalidade com garantia dos governados, a separação de poderes e a utilização do bem comum para a definição das formas puras de governo.

2.2.2.3 República Romana

A experiência ocorrida na República Romana (séculos V a II a.C), posterior à grega, pode ser considerada como similar a esta, porém com alguns aperfeiçoamentos. Nesta Democracia, primava-se o direito da Liberdade como um objetivo estatal e não simplesmente como direito individual.

O arbítrio era limitado por meio de normas, emitidas pelos imperadores romanos, as quais possuíam força de lei e garantiam os direitos individuais das pessoas.

Alex Muniz Barreto afirma que “as normas de regência estabeleciam formas de controle recíproco dos poderes dos órgãos políticos na elaboração das leis.”

Juliano Taveira Bernardes informa que

havia controles intra - órgãos, com a estrutura colegiada das magistraturas superiores, a estipulação de mandato anual para os cargos e a proibição de reeleição imediata. Além disso, acoplavam-se eficientes controles interórgãos, tal qual a participação do Senado na nomeação dos funcionários públicos e a avançada previsão de governo para tempos de crises, mediante a institucionalização da ditadura constitucional com determinados fins e por períodos limitados.

Manoel Jorge e Silva Neto cita passagem de José Afonso da Silva, a qual versa sobre formas de limitação do poder, expondo que

alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em



Roma, a Lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto in Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do Habeas Corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.

Pode-se dizer que este Constitucionalismo encerra-se com o fim do período republicano e início do período imperial romano.

2.2.3 Constitucionalismo na Idade Média

Apesar da existência de instituições sociais tais como o Feudalismo e as castas sociais, serem, aparentemente, contraditórias com a existência de um Constitucionalismo, no sentido de limitação de poder, na Idade Média, após alguns séculos de regimes absolutistas, surgiram normas garantidoras de direitos individuais bem como uma função judiciária bastante atuante e independente.

Valorizava-se sobremaneira o direito natural, sendo tolhida, pelos juízes, toda e qualquer forma arbitrária de cerceamento destes direitos.

Podem ser destacados os seguintes escritos garantidores de direitos individuais: os pactos e os forais.

Os pactos pressupunham um acordo de vontades entre governantes e governados e os forais permitiam a participação dos governados na Administração Local.

O mais relevante pacto deste período foi a Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, tornada definitiva em 1225, outorgada pelo Rei João, mais conhecido como João Sem Terra, na Inglaterra. Ela marcou o ressurgimento do Constitucionalismo, reconhecendo diversos direitos limitadores do poder estatal, dentre eles citam-se o habeas corpus, a limitação ao direito de tributar, o direito de petição, a instituição do júri, o devido processo legal, o princípio do livre acesso à justiça, a liberdade de religião, a aplicação proporcional das penas, direito de propriedade, entre outras.

Além do pacto mencionado, pode-se destacar também o Estatuto ou Nova Constituição de Merton, de 1236, o documento firmado por Afonso IX, em 1188, a Bula de Ouro da Hungria, de 1222, o Privilégio General, outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa, de 1286.

Uadi Lammêgo Bulos apresenta as seguintes características deste Constitucionalismo: necessidade de afirmar a igualdade dos cidadãos perante o Estado, excluindo todo o poder arbitrário; primado da função judiciária; concepção jusnaturalista de constituição, lastreada no pensamento de que as leis preexistem aos próprios homens; existência de documentos garantidores de liberdades públicas e florescimento da idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos.

2.2.4 Constitucionalismo na Idade Moderna

Observa-se neste período, entre outros acontecimentos, a continuidade do chamado Constitucionalismo Inglês, o qual consagra o Princípio Rule of Law (governo das leis), com o surgimento da Petition of Right, de 1628, do Habeas Corpus Act, de 1679, da Bill of Right, de 1689 e da Act of Settlement, de 1701, marcando, desta forma, uma transição lenta e paulatina das fontes de poder das mãos do monarca para os textos que podem ser comparados aos constitucionais, os quais estabeleciam uma série de direitos individuais.

A perda de poder do monarca ocorreu em razão da instauração de um governo misto, composto pelo monarca, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns, no qual cada membro deste trio governava com preponderância de prerrogativas em determinada época. A Câmara dos Comuns, que representava o povo, adquiriu muita força e este modelo de divisão acabou por inspirar a teoria de Montesquieu. O Constitucionalismo Inglês marca o início da cultura de elaboração de declarações de direitos, limitando o poder, dando garantias aos governados e preparando as condições para a implantação de um Estado de Direito.

Acerca dos documentos elencados, pode-se dizer que a Petition of Rights foi uma petição dirigida pelo parlamento inglês ao monarca solicitando que os direitos dos súditos fossem reconhecidos. O Habeas Corpus Act representou um marco na busca da liberdade individual, evitando que ocorressem prisões determinadas de forma arbitrária. A Bill of Rights foi um documento importantíssimo, que decorreu da Revolução Inglesa (Glorious Revolution), que durou do ano de 1688 a 1689. Ela elenca uma declaração de direitos e afirma a supremacia do parlamento. Surge neste momento uma Monarquia Constitucional, com a abdicação do rei absolutista Jaime II e a nomeação de Guilherme III e Maria II, os quais governariam se submetendo aos limites impostos por esta Declaração. A principal influência nesta fase foi John Locke. O Act of Settlement (Ato de Estabelecimento) tinha como principais objetivos reafirmar a necessidade de os governantes se submeterem as leis, garantir a independência dos órgãos jurisdicionais e prever a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos.

Com todo este arcabouço de normas, as quais possuem fortes fundamentos e foram fruto de um amadurecimento histórico do povo inglês, pode-se dizer que houve um Estado Constitucional na Monarquia Inglesa do século XVII, uma vez que o conteúdo delas se aproximava muito das normas materiais presentes em uma Constituição contemporânea.

Menciona-se, ainda, que um dos fatores que mais contribuíram para a concretização da limitação de poder e garantia de direitos no Constitucionalismo Inglês foi a independência que possuíam os juízes, bem como, paralelamente à declaração de direitos, a possibilidade de julgar de acordo com os precedentes judiciais e com os princípios, características do sistema common law.

Cita-se, por fim, a seguinte passagem de Manoel Jorge e Silva Neto:

É natural que a mudança no sistema de governo inglês tenha provocado o aparecimento de normas protetivas dos direitos fundamentais, notadamente porque, em seguida, o exercício da chefia de governo se transferira para o líder do Parlamento, que, por sua vez, carecia de apoio político dos seus pares eleitos pelos cidadãos ingleses.



No âmbito do constitucionalismo norte-americano manifestado neste período, podem ser citados os contratos de colonização, a Charter of New England, de 1620, a Charter of Massachusetts Bay, de 1629, a Charter of Maryland, de 1632, as Fundamental Orders of Connecticut, de 1639, a Massachusetts Body of Liberties, de 1641, a Charter of Connecticut, de 1662, a Charter of Rhode Island, de 1663, a Charter of Carolina, de 1663, a New York Charter of Liberties, de 1683, a Pennsylvania Charter of Privileges, de 1701, a Charter of Georgia, de 1732 e a Declaration of Rights do Estado da Virgínia, de 1776.

Dentre os documentos acima mencionados, destacam-se os contratos de colonização que eram acordos, firmado por mútuo consenso entre os colonizadores da América do Norte, pautado pelo Princípio da Igualdade, os quais estabeleciam as regras que iriam reger a vida daqueles peregrinos ingleses.

2.2.5 Constitucionalismo na Idade Contemporânea (Pós-Moderna)

É também chamado de Constitucionalismo clássico, moderno ou liberal e se desenvolve no final do século XVIII.

Foi caracterizado pelo surgimento de Constituições modernas, escritas, rígidas, dotadas de supremacia constitucional, com destaque para as Constituições norte-americanas, de 14 de setembro de 1787, e a francesa, de 3 de setembro de 1791, as quais consagraram-se como diplomas que traziam em seu bojo o ideário de liberdade, a ausência de interferência estatal e os direitos individuais, influências típicas do iluminismo e que, por sua vez, acabaram por influenciar a maioria das Cartas Constitucionais ocidentais, dentre elas, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Uadi Lammêgo Bulos afirma que estas primeiras Constituições eram chamadas à época de happy constitution (constituição feliz), pois traziam promessas de igualdade, de liberdade e de bem-aventurança. Pode-se dizer que elas promoveram uma estabilidade ao sistema político e jurídico da época, na medida que os seus principais valores e princípios passaram a ser positivados e garantidos.

José Joaquim Gomes Canotilho define a Constituição Moderna com as seguintes características

- (1) ordenação jurídico-política plasmado num documento escrito;
- (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia;
- (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

André Ramos Tavares assevera que a Constituição moderna possui um conteúdo que traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de Rousseau, que nesse momento, deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais.

Este movimento constitucionalista, que também era jurídico, político e cultural, tinha como uma de suas finalidades limitar o poder estatal, uma vez que este poder passa a ser traçado nas Constituições, rompendo com o regime absolutista até então vigente, passando o povo a ser o titular das decisões. Esta limitação somente foi possível com a separação de poderes e com a declaração de direitos. Surgem, nesta época, os chamados direitos de 1ª dimensão.

Os principais pensadores e filósofos desta época foram John Locke, Jean Jacques Rousseau e Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, os quais promoveram uma inspiração determinante para o desencadear das Revoluções norte americana, de 1776, e francesa, de 1789, contribuindo para o desenvolvimento de um racionalismo que se contrapunha à imposição da fé e dos dogmas religiosos, impostos pelo domínio de séculos da Igreja.

Kildare Gonçalves Carvalho caracteriza este Constitucionalismo de fins dos século XVIII “pela ocorrência da ideia de separação de poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta).

Vale ressaltar, por fim, que esta fase sofreu muitas influências, pertinentes a períodos distintos, dentre as quais podem ser mencionadas o direito natural, a racionalidade iluminista, a filosofia mecanicista do século XVI, o direito consuetudinário, a limitação e o controle de poder iniciado na idade média, os valores cristãos, entre outros.

2.2.5.1 Constitucionalismo Norte-Americano

O processo constitucional norte-americano foi concebido da seguinte forma: as treze colônias romperam com o governo central inglês, declarando sua independência, por meio da publicação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (Virginia Bill of Rights), de 12 de junho de 1776, considerada a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, e da Constituição da Virgínia (Constitution of Virgínia), em 29 de junho de 1776. Após, os Articles of Confederation and Perpetual Union, de 1777, foram ratificados, documento que representava a união dos treze estados independentes, num Estado Federal, os Estados Unidos da América. Posteriormente, estes artigos foram substituídos pela Constituição Norte-Americana, aprovada pela Convenção da Filadélfia, em 17 de setembro de 1787.

Esta Constituição sofreu influências de Rousseau, Locke, Montesquieu, entre outros, e tinha como preocupação central a adoção de um governo democrático e a limitação de poderes, diferentemente do ocorrido na Inglaterra, na qual a centralidade dos documentos se concentravam na supremacia do parlamento e na proteção do indivíduo contra o rei.

Marcelo Novelino cita como principais características deste constitucionalismo as seguintes: criação da primeira constituição escrita e dotada de rigidez; ideia de supremacia da Constituição, distinção entre poder constituinte e poderes constituídos; instituição do controle judicial de constitucionalidade; forma federativa de Estado; sistema presidencialista; forma republicana de governo; regime político democrático; rígida separação e o



equilíbrio entre os poderes estatais; fortalecimento do Poder Judiciário e a declaração de direitos da pessoa humana.

Dentre as características supra referidas, a que mais se destacou foi a supremacia da Carta Constitucional sobre as normas infralegais, prevista no artigo VI, nº 2, da Constituição norte-americana. Acrescenta-se, ainda, que este destaque foi consolidado após a famosa disputa judicial, ocorrida em 1803, entre Marshall e Madison.

Curiosamente, as declarações de direitos não estavam previstas no texto original da Carta norte-americana, integrando-a, apenas, com a incorporação de suas dez primeiras emendas, as quais teve seus enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison. A razão disto era que nos Estados Federados já haviam tais declarações e grande parte deles receavam perder prerrogativas ou obter algum ônus com o cumprimento da previsão de tais direitos na Constituição. Por outro lado, aqueles poucos Estados que não aderiram ao pacto inicialmente impuseram como condição para sua adesão ao federalismo norte-americano a existência de tais declarações na Carta da Federação, o que contribuiu para que estas dez primeiras emendas fossem elaboradas.

2.2.5.2 Constitucionalismo Francês

O Constitucionalismo francês, influenciado pelos Constitucionalismos inglês e norte-americano, inaugura-se com a promulgação da Constituição da França, em 3 de setembro de 1791, elaborada por uma Assembléia Nacional Constituinte, criada dois anos antes, em 27 de agosto de 1789. Esta Constituição, que contém em seu preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi a primeira Carta escrita da França e, a partir dela, várias Constituições foram surgindo pela Europa e pelo mundo, salvo o caso da Inglaterra, que já possuía seu conjunto de Atos, Leis e Declarações, e a dos Estados Teocráticos, os quais adotavam princípios estritamente religiosos.

André Ramos Tavares relata a curiosidade de ter havido influências recíprocas entre os Estados americanos e a França neste período, pois a doutrina francesa, com enfoque na de Montesquieu influenciou a Constituição norte-americana que, por sua vez, influenciou e serviu de modelo para a Constituição Francesa, havendo, portanto uma espécie de retroalimentação.

Com relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, José Afonso da Silva afirma, consoante Jacques Robert, que a declaração francesa possui três características fundamentais, quais sejam

- a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a declaração de direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal;
- b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar valor universal;
- c) individualismo, porque

só as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado.

O primeiro autor assevera, ainda, que a denominação da declaração em comento faz uma distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Aqueles referem-se aos direitos de caráter pré-social, tais como a liberdade, a propriedade e a segurança. Os últimos são os provenientes do pertencimento do homem a uma sociedade política, a exemplo dos direitos de acesso aos cargos públicos, direito de votar, de ser votado, de participar de deliberações públicas, entre outros.

Esclarece-se que a Revolução Francesa de 1789 foi o movimento reacionário à organização política do Estado feudal vigente, a qual possibilitou o Constitucionalismo na França, trazendo consigo os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Marcelo Novelino ressalta a forte influência da dicção do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão a esta reestruturação jurídico-política, qual seja “toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição.”

Informa-se, por fim, que o movimento constitucionalista francês enfrentou muitas dificuldades para se consolidar como um sistema de afirmação de direitos e garantias individuais e de limitação de poderes, dentre as quais releva-se a forte oposição das classes que eram privilegiadas no sistema anterior (ancien régime) e que pretendiam manter suas vantagens políticas e sociais, haja vista que de 1791 a 1802 houve a promulgação de cinco Constituições na França.

2.2.5.3 Constitucionalismo Social

Este movimento constitucional surgiu após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918) em decorrência das muitas mazelas geradas pelo Liberalismo Econômico, consagrado no Constitucionalismo Moderno.

O absenteísmo estatal nas relações políticas, sociais e econômicas estabelecidas na sociedade, o qual era fundado no princípio do *laissez faire laissez passer* que le monde va de lui-même, ocasionou problemas de ordem estrutural como a concentração de renda, a exploração da mão de obra, a desigualdade social, o desemprego, a miséria das massas proletárias, a falência de muitas empresas, eclodindo movimentos sociais, entre os quais pode-se mencionar a Revolução Mexicana de 1910 e a Revolução Russa de 1917, tendo como consequência uma inexorável intervenção estatal principalmente no campo das relações trabalhistas, das previdenciárias e das econômicas, surgindo, neste momento, os direitos fundamentais de segunda dimensão, fazendo com que as Constituições deste período passassem a ser analíticas, ao prever um espectro maior de direitos, garantias e competências.

As principais Cartas Constitucionais desta época são a Constituição Mexicana, de 1917, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, a Constituição austríaca, de 1920 e a Constituição Brasileira de 1934.



Manoel Jorge e Silva Neto afirma que o Constitucionalismo Social teve os seguintes fundamentos:

fundamento sociológico – funda-se nos movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo mais marcante é a Revolução Socialista Soviética; fundamento político – é o resultado da decisão adotada pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte; fundamento jurídico – radica-se na necessidade de introduzir na Constituição os elementos sociais, como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir, inviabilizar ou dificultar a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

3 Neoconstitucionalismo

3.1 Caracterização

O Neoconstitucionalismo, fundado na filosofia neopositivista (pós-positivista) foi um movimento de transformação do Estado e do Direito, em especial da Constituição, que surge, na Europa, na segunda metade do século XX, tendo como um dos principais marcos o julgamento ocorrido na cidade de Nüremberg, Alemanha, no período compreendido entre 1945 e 1949.

Tal julgamento exemplificou, de forma clara, os paradoxos do positivismo clássico, na medida em que as mesmas leis que possibilitaram aos juízes que condenassem nazistas por atrocidades cometidas contra seres humanos também possibilitaram que os réus se defendessem das acusações que lhe foram perpetradas. Não obstante, o Tribunal, ao decidir, inovou, desconsiderando os postulados da escola exegetica, na qual a lei se confundia com o Direito, e proferiu sua decisão levando em consideração valores essenciais da sociedade, criando, desta forma, um positivismo moderado. Daí em diante e não se podendo mais admitir violações de direito legalizadas, passa a haver, gradativamente, uma interrelação entre o direito e a moral, na sua forma de interpretação e aplicação.

No entanto, para que se viabilizasse uma leitura moral do Direito, com a inclusão dos valores na sua interpretação e aplicação, foi necessário se elaborar um redesenho dos ordenamentos jurídicos vigentes à época, objetivando alocar a Constituição no ponto central e mais importante do ordenamento, estabelecer como essência e fim deste sistema político-jurídico o homem, por meio do resguardo jurídico de sua dignidade e de seus direitos fundamentais, o que mostra sua vocação axiológica, e a inclusão, nos documentos normativos, de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, de forma a possibilitar um “espaço” maior de interpretação e raciocínio jurídico do intérprete e aplicador do Direito, criando-se uma nova dogmática de hermenêutica constitucional.

As Constituições européias, neste contexto, do ponto de vista material, deixam de ser meros documentos retóricos e de inspiração política e passam a ter força normativa, aplicação de seus preceitos (especialmente dos direitos fundamentais) aos casos concretos, servindo necessariamente de referência e orientação à produção, à interpretação e à

aplicação das normas infraconstitucionais, em razão de sua característica de centralidade do sistema. Pedro Lenza informa que

a lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados.” No aspecto formal, ela assume a posição suprema do ordenamento jurídico, irradiando toda a sua força sobre ele.

Walber de Moura Agra informa que

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características, podem ser mencionadas: a)positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b)onipresença dos princípios e das regras; c)inovações hermenêuticas; d)densificação da força normativa do Estado; e)desenvolvimento da justiça distributiva.

Acrescenta ainda que o modelo normativo neste Constitucionalismo é o axiológico e “o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.”

Vale destacar que é nesta fase que surgem os direitos chamados de 3ª dimensão, chamados difusos, quais sejam, o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, entre outros. Eles são incluídos nas Cartas Constitucionais elaboradas após o fim da 2ª Guerra Mundial.

Alex Muniz Barreto citando Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco informa que o Neoconstitucionalismo tem as seguintes características “a) mais Constituição do que leis; b)mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e)mais concretização do que interpretação.”

Pode-se dizer que o Neoconstitucionalismo marca uma transição de um Estado Legislativo de Direito, influenciados pela doutrina inglesa de supremacia do Parlamento e da francesa com enfoque na lei, como expressão do povo, para um Estado Constitucional de Direito, influenciado pela supremacia da Constituição do modelo americano, tendo como referências européias a Constituição da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e na América do Sul, a Constituição Brasileira de 1988.

Subseqüentemente à elaboração das Cartas Constitucionais foi necessária a criação de Tribunais Constitucionais, os quais teriam a função de guardiões das normas previstas nas referidas Cartas. Estes Tribunais surgiram em diversos países, destacando-se os seguintes: Alemanha (1951), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975),



Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Argélia (1989), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), África dos Sul (1996) e Moçambique (2003).

No Brasil, o movimento neoconstitucionalista chegou tardiamente, algumas décadas após o seu início na Europa, e teve como marco a promulgação da Constituição da República de 1988, que segundo o professor Kildare, sofreu fortes influências do jurista português Gomes Canotilho e do jusfilósofo socialista espanhol Elias Diaz.

Esta Constituição conseguiu promover uma eficiente transição entre o Estado autoritário existente à época da ditadura militar e o Estado Democrático de Direito. Já nos seus primeiros artigos consagra os fundamentos e os objetivos da República, a separação dos poderes estatais, o princípios aplicáveis nos âmbitos internos e externos do Estado, os direitos e garantias fundamentais e afirma o Supremo Tribunal Federal como o Órgão de jurisdição constitucional, o que revela, com clareza, a sua aptidão à corrente neoconstitucionalista.

Como críticas mais comentadas ao Neoconstitucionalismo podem ser citadas as seguintes: totalitarismo constitucional; inclusão de matérias supérfluas e em demasia na Constituição, como normas de índole financeira, cultural, educacional e esportiva, ocasionando sua banalização; existências de normas contraditórias no texto constitucional, o que gera a perda de sua autoridade e unidade; falta de efetividade das normas programáticas.

Uadi Lammêgo Bulos assevera

o certo é que, na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e constitucionais.”

3.2 Princípios e Regras Constitucionais

Faz-se necessário, primeiramente, estabelecer a conceituação e a distinção entre princípios e regras constitucionais, pois, no Neoconstitucionalismo, para se atender ao clamor pela concretização dos direitos fundamentais, os princípios se elevaram à categoria de normas, pois passaram a prescrever um “dever ser” e conseqüentemente, adquiriram força normativa. Segundo Robert Alexy, “Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.” Doutrinariamente, pode-se dizer que norma é gênero da qual são espécies princípios e regras.

Princípio, palavra derivada do latim principium, significa ponto de partida e o seu conjunto revela os valores que dão origem ao ordenamento jurídico. Eles são os seus pilares, a sua fundamentação e irradiam por todo o conjunto de normas. Os princípios orientam os legisladores no trabalho de elaboração da lei, orientam os intérpretes em sua função hermenêutica e os aplicadores da norma na concretização fática do direito. Além destas funções tradicionais, são eles, ainda, a própria norma a ser aplicada ao caso concreto.

Paulo Bonavides informa que “a idéia de princípio, segundo Luis-Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, onde designa verdades primeiras”. Acrescenta, ainda, a definição de Crisafulli, de 1952, qual seja

princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Curioso mencionar que os Princípios Gerais de Direito eram, na doutrina positivista, a última fonte a ser consultada, haja vista a previsão contida no artigo 4º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC. No entanto, esta situação se transformou, na medida em que estes princípios sagraram-se normas aptas a serem imediatamente aplicadas.

Regras podem ser conceituadas como enunciados normativos que prescrevem fatos e condutas intersubjetivas, a serem aplicadas diretamente pelo operador do direito. Elas são, em sua essência, reflexos dos princípios e valores cultivados pela sociedade.

Com relação à diferenciação entre princípios e regras, Alexy menciona os critérios da generalidade, da determinabilidade dos casos de aplicação, da forma de seu surgimento, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico e das razões de sua origem.

Kildare Gonçalves Carvalho, citando Canotilho, apresenta os seguintes critérios distintivos:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; as regras possuem um abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

O mesmo autor apresenta as distinções segundo Dworkin:

- 1 – os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas genéricas; as regras, ao contrário, são específicas ou em pautas;
- 2 – os princípios não são aplicáveis à maneira de um ‘tudo ou nada’ (all or nothing), pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e consequências que se seguem necessariamente;
- 3 – os princípios tem um peso ou importância relativa (dimension of weight), ao passo que as regras tem uma impossibilidade mais restrita; assim, os princí-



pios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro.; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente; 4 – o conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não o são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade.

Pode-se afirmar, de maneira geral, que na aplicação de princípios utiliza-se como método a ponderação, lembrando que eles podem ser aplicados em graus diferentes dependendo da situação jurídica em análise, e na aplicação de regras utiliza-se a tradicional subsunção.

3.3 Força Normativa da Constituição

Força normativa da Constituição significa a aptidão e o poder que as normas constitucionais (princípios e regras) têm para produzirem os seus efeitos. Elas não são somente expressão de um ser, mas também de um dever ser.

Konrad Hesse vincula esta força normativa ao pressuposto de eficácia da Constituição. Segundo este autor, tal eficácia se concretizará se as normas da Constituição forem elaboradas em consonância com a história, com os anseios, com os aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e com as tendências dominantes da sociedade, se houver uma vontade das pessoas em cumprir os seus comandos (vontade de Constituição) e, principalmente, se ela incorporar o estado espiritual de seu tempo (geistige Situation). Acrescenta-se, ainda, a este rol a capacidade da Constituição de se adaptar a novas situações, o que será possível por intermédio do manejo de princípios constitucionais, os quais evitam o seu engessamento da Carta. Como última condição de eficácia, assevera o autor que a Constituição não deve ter como pilar uma estrutura unilateral, devendo prever parte da estrutura contrária, ou seja, aos direitos fundamentais deve se contrapor os deveres, à divisão de poderes deve se contrapor uma dose de concentração de poder, entre outras situações.

A normatividade da Constituição pressupõe, como toda regra dotada do atributo da imperatividade, que a sua inobservância enseja a aplicação de medidas de coação. Não obstante, afirma Luis Roberto Barroso que “o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo”.

Neste capítulo, serão demonstrados, por intermédio de julgados recentes das Cortes Judiciais Brasileiras e Portuguesas, a aplicação, nos casos concretos, da força normativa da Constituição Portuguesa na segunda metade do século XX e da Constituição da República Brasileira após a sua promulgação em 1988.

Contrariando à teoria de Ferdinand Lassale segundo a qual a Constituição jurídica (ou normativa) não passava de um pedaço de papel que nada mais era do que a expressão das forças reais de poder (Constituição real), sem qualquer força normativa, estes exemplos terão o condão de mostrar a materialização da crescente conquista da

eficácia social das Constituições, atributo bastante conclamado pelos doutrinadores do neoconstitucionalismo.

Aspecto que vale ressaltar é o atual movimento de judicialização das relações políticas e sociais, iniciado após 1988, na qual o Poder Judiciário tem um papel fundamental na concretização dos valores previstos na Constituição, por intermédio de seus julgamentos, demonstrando assim a força de suas normas.

Lembra-se, ainda, da gradativa força normativa que as normas programáticas vêm adquirindo ao longo dos anos, por meio da aplicação dos princípios na solução das lides, alcançando, desta forma, os objetivos intrínsecos dos programas almejados.

Seguem, abaixo, transcrições de alguns acórdãos pesquisados, com trechos reveladores da aplicação concreta da norma constitucional:

14/05/2013

HABEAS CORPUS 108.527 PARÁ

RELATOR :MIN. GILMAR MENDES

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Com relação ao pedido de alvará de soltura, tendo em vista o excesso de prazo na duração da prisão preventiva, o STF tem deferido a ordem somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual:

a) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação

da acusação (cf.: HC 85.400/PE, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005); b) resulte da inércia do próprio aparato judicial em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII (cf.: HC 85.237/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 29.4.2005; HC 85.068/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 3.6.2005; HC 87.164/RJ de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 29.9.2006; HC 86.850/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; e HC 86.346/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 2.2.2007); ou, c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade (cf.: HC 84.931/CE, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª 8 Turma, unânime, DJ 16.12.2005), ou, quando o excesso de prazo seja gritante (cf.: HC 81.149/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 5.4.2002; RHC 83.177/PI, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, DJ 19.3.2004; HC 84.095/GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 16.12.2005; e HC 87.913/PI, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJ 7.12.2006).”

18/04/2013

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985 MATO GROSSO

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São situações das mais diversas. O fato é que, por princípio de segurança jurídica, nós entendemos que é inconstitucional, mas que autorizamos a sua aplicação por um período.”

12/11/2013

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 17.735 MATO GROSSO

RELATOR :MIN. LAURITA VAZ

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção. Precedentes do STJ.”

26/05/2010

MANDADO DE SEGURANÇA 14.405 DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“O exercício do poder administrativo disciplinar corporifica sempre atividade materialmente jurisdicional, por isso que no seu desempenho é mister que a Administração proceda como um autêntico Julgador, inclusive assimilando a força normativa dos princípios constitucionais, sem o que a exegese jurídica se torna pobre e desprovida dos seus fins: justiça e equidade. *Littera enim occidit, spiritus autem vivificat* (Apóstolo Paulo, Cor. II, 3;6).”

17/12/2013

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1377850 PARANÁ

RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Não é possível considerar irrisório o valor de dez mil reais utilizado como parâmetro para o arquivamento de execuções fiscais com a finalidade de aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho. Isso porque é em razão dos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública, entre eles o da eficiência, expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que se delimita os valores que devem ser cobrados por meio de execução fiscal. Assim, equivocada a relação criada entre o valor previsto para se

dispensar a execução fiscal e a insignificância penal. Imperativo, invocar-se, ainda, no ponto, a independência que existe entre as esferas penal, administrativa, cível e tributária, o que apenas corrobora a ausência de liame entre o valor utilizado no artigo 20 da Lei 10.522/2002 e o patamar que deve ser utilizado para preencher a tipicidade material do delito de descaminho.”

04/12/2012

HABEAS CORPUS 90.484 SÃO PAULO

RELATOR :MIN. O G FERNANDES

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“A modificação da jurisprudência, que há muito vem flexibilizando, e até mesmo ampliando, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, representa o revigoramento do recurso ordinário cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, anda em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, verdadeiros pilares no processo de interpretação e concretização do texto constitucional.”

05/05/2010

RECURSO DE REVISTA 161200-55.2004.5.15.0059

RELATORa :MIN. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

“RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. EFEITOS. 1 - Há direito à garantia provisória no emprego, na hipótese de contrato de experiência, ante o acidente de trabalho, nos termos do art. 118 da Lei nº 8.213/91. 2 - A força normativa da Constituição Federal, que atribui especial destaque às normas de saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, XXII e XXVIII), impõe a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional que trata da matéria, de maneira a reconhecer a compatibilidade entre o contrato por prazo determinado e a garantia provisória no emprego. 3 - O art. 118 da Lei nº 8.213/91 é aplicável no caso de contrato a termo, porquanto o afastamento relacionado ao acidente de trabalho integra a essência sóciojurídica da relação laboral.”

08/08/2013

14/02/2013

REEXAME NECESSÁRIO 10312120004113001

RELATOR :DES. BITENCOURT MARCONDES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

“1. A Constituição Federal elege o direito à educação como garantia fundamental da criança e do adolescente, determinando ao Ad-



ministrador, como mandamento constitucional vinculativo, a facilitação, promoção e ampliação do seu acesso. Assim, sob o prisma do acesso irrestrito à educação, não se extrai do texto constitucional limitação mínima e máxima de idade ou imposição de fase de ensino por faixa etária. 2. Diante do princípio da força normativa da Constituição e da sua superioridade no sistema, o direito fundamental à educação não pode ser cerceado com base em restrição meramente etária, estipulada por ato normativo infraconstitucional.”

07/01/2014

PROCESSO Nº 913/2012

RELATOR : CONSELHEIRO CARLOS FERNANDES CADILHA

3ª SECÇÃO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

“O ponto ideal de conciliação deve ser encontrado, no caso, em aplicação dos princípios imperantes em matéria de restrição dos direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP), pela ponderação da necessidade, adequação e proporcionalidade da solução que, no contexto do processo penal e das diversas garantias de defesa que ele oferece, veda ao arguido, em relação a determinados atos judiciais, a possibilidade de recurso. E, vista em contexto a norma que prevê a irrecorribilidade da decisão de conflito, que justificadamente se pretende imediata, atenta a natureza prévia e incidental da questão que é dela objeto - sem particular grau de complexidade e com graves efeitos bloqueadores na dinâmica do processado -, nela não se descortina, pelas razões antes aduzidas, quaisquer indicadores de desnecessidade ou excesso que a tornem suscetível de censura constitucional.”

09/01/2014

PROCESSO Nº 564/2012

RELATOR : CONSELHEIRO FERNANDO VENTURA VIANA

2ª SECÇÃO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Importa recordar que, como parâmetro de controlo jurisdicional da atividade legislativa, o princípio da proporcionalidade rege-se por critérios de evidência e que, quando não se denota ultrapassagem da justa medida, como aqui acontece, prevalece a liberdade de conformação do legislador democrático. Como se afirma no Acórdão n.º 632/2008: “o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade,

lidade, se há de estribar sempre – como se disse no acórdão n.º 187/2001 – em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso”.

3.4 Hermenêutica Constitucional

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, uma nova forma de se interpretar a Constituição desenvolve-se a partir da segunda metade do século XX, em decorrência da força normativa adquirida pelas normas constitucionais, pela supremacia da Carta Constitucional em relação ao ordenamento jurídico e pela positivação dos princípios no corpo da Constituição.

A força normativa dos princípios e regras constitucionais, a qual está vinculada ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung de Norm*), impõe uma interpretação que tem como incumbência promover a concretização fática dos preceitos insculpidos na Carta Constitucional, o que traz um rol de desafios aos intérpretes e aplicadores do direito, na medida em que surge a necessidade de se manipular na seara dos casos concretos conceitos e enunciados abstratos, tais como os princípios e as cláusulas gerais.

A supremacia da Constituição em relação ao ordenamento jurídico pressupõe que todo o conjunto de normas infraconstitucionais deve ser constituído, interpretado e aplicado de acordo com o que dispõe as normas constitucionais.

A previsão dos princípios constitucionais, a partir deste novo modelo constitucional, marca uma grande alteração na hermenêutica constitucional, ao elevá-los à condição de norma. Como os princípios tem uma densidade menor do que as regras e um grau de abstração e plasticidade maior, o intérprete e aplicador do direito tem a possibilidade de se valer da discricionariedade e de uma abrangência maior de interpretação e complementação do direito, frente às situações concretas sobre as quais recairá a sua aplicação.

Sobre o assunto, Marcelo Novelino afirma que

um dos grandes desafios do Neoconstitucionalismo consiste no desenvolvimento de parâmetros racionais, objetivos, operacionalizáveis para que a ponderação não conduza a um decisionismo ou a um subjetivismo exacerbado. Ao mesmo tempo, a complexidade desses parâmetros não pode ser elevada a ponto de inviabilizar sua utilização na prática jurídica cotidiana.

Ocorrência inerente à interpretação e aplicação da Constituição e à interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição são os conflitos entre regras, os quais serão dirimidos pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. Nos conflitos entre princípios, será utilizada a ponderação e a proporcionalidade e quando houver uma antinomia entre princípios e regras, aplicar-se á, primeiramente, a regra por ser mais específica, mais amoldada ao caso concreto e por ser expressão dos



princípios. No entanto, cada caso concreto deverá ser analisado em sua particularidade, podendo haver situações em que os princípios afastarão a aplicação de regras tidas como injustas numa determinada situação jurídica.

Luis Roberto Barroso afirma que no método da ponderação o intérprete “(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.”

O mesmo autor alerta para o cuidado que se deve ter com relação à argumentação, à razão prática e ao controle da racionalidade das decisões proferidas. Segundo Barroso,

as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador”. E, ainda, informa que “para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Ressalta-se que, na interpretação em análise, além dos aspectos já mencionados, deve-se se levar em consideração, na operação do direito, a presunção de constitucionalidade dos princípios e regras constitucionais, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.

Informa-se, por fim, que os modelos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico continuam válidos na interpretação constitucional.

4 Constitucionalismo do Futuro

Também chamado pela maioria dos doutrinadores de Constitucionalismo do por vir, ele deverá se manifestar inexoravelmente como um aperfeiçoamento dos movimentos constitucionais anteriores, corrigindo suas mazelas e se pautando por princípios e valores que resguardem a dignidade do indivíduo, a dignidade da sociedade e que, ao mesmo tempo, promovam um desenvolvimento econômico global sustentável.

Pedro Lenza apresenta os seguintes valores, delineados pelo Jurista José Roberto Dromi, que comporão este novo Constitucionalismo:

Verdade: a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
Solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
Consenso: a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;
Continuidade: ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;

Participação: refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;

Integração: trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;
Universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

Aspecto fundamental a ser observado é o movimento de globalização política, econômica, social e cultural dos países, com a formação dos grandes blocos e das grandes comunidades internacionais, as quais caminham, ainda que a passos lentos, a uma integração total, a qual inclui a livre movimentação de pessoas, a adoção de uma mesma moeda, a facilitação do comércio internacional e também a criação de legislações unificadas. Exemplo emblemático é o da Comunidade Europeia, que reúne parte das características mencionadas e que já possui uma só Constituição regendo a aliança dos países integrantes.

Pensando a nível nacional, este futuro Constitucionalismo deverá considerar, enfaticamente, as interrelações entre o crescimento econômico e a exploração do meio ambiente, de forma que a interferência do homem não prejudique o equilíbrio dos ecossistemas. A fraternidade, herança da Revolução Francesa, deverá ter contornos mais explícitos e ser mais valorizada. A participação democrática deverá ser de forma deliberativa, alcançando fóruns descentralizados, dando oportunidade de manifestação a todos os interessados. Modificações de ordem previdenciária deverão ser adotadas, considerando-se a expectativa de sobrevida da população brasileira. Os animais serão objeto de efetiva proteção, na medida em que se observa uma crescente intolerância social ao seu desrespeito. Há prognósticos de uma tutela jurídica que abranja cada vez mais as classes consideradas como minorias, com o intuito de promover a sua inclusão e a sua igualdade social, reparando, desta forma, os erros que as sociedades cometeram no passado e, por fim, os movimentos sociais reivindicatórios de direitos ganham espaço, dia após dia, o que trará repercussões constitucionais.

O Constitucionalismo do futuro deverá responder a estas demandas e adotar em seus preceitos valores universais, que representem este sentimento de unidade que cresce entre os povos, mundialmente.



5 Considerações finais

O presente estudo demonstrou a importância da Constituição para a sociedade. Ao se observar a evolução do Constitucionalismo, ficou evidenciada, em todos os modelos constitucionais, a sua característica de limitação do poder, com a finalidade de extinguir a arbitrariedade, por intermédio de normas que garantam direitos fundamentais, que estipulem a separação dos poderes, que tracem os objetivos do Estado e que estabeleçam os valores da sociedade.

No entanto, para que a Constituição faça valer os preceitos que nela estão contidos, ou melhor, para que ela demonstre a sua força normativa, faz-se necessário que a sociedade se conscientize de sua relevância jurídica, política, econômica, social e cultural. Esta conscientização é o que Konrad Hesse chama de “vontade de constituição”.

Ressalta-se que a Constituição, para alcançar seus objetivos, deve, ainda, ser forte, característica verificável com a sua incolumidade e com o respeito às suas normas nos momentos de crises vivenciados pelo Estado, a exemplo de situações em que as instituições democráticas, a soberania e o seu território ficam ameaçados pela instabilidade social. Ela deve, ainda, ser capaz de inspirar e mobilizar a sociedade em prol de um objetivo comum.

Por fim, conclui-se que a Constituição é um elemento perene e indissociável do Estado, pois nela estão as expressões dos princípios, dos valores, das aspirações e dos objetivos sociais. Ela cria um vínculo jurídico entre as pessoas a ela submetidas, estabelece um rumo a ser seguido e assegura harmonia, liberdade e independência social.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais - Tradução de Virgílio Afonso da Silva**. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo**. Leme, São Paulo: Edijur, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo - Os Conceitos Fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Neonconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo - Parte I** - Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 20/03/2013.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BULO, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. 3 ed. Madri: De La Editora Trotta, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



A competência material da Justiça do Trabalho para julgar controvérsias de apólice de seguro de empregado

The substantive jurisdiction of the Labour Court to adjudicate controversies employee insurance policy

Marcel Lopes Machado¹

Resumo: O presente estudo tem por objeto uma análise, reflexão e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado. **Palavras-Chaves:** Apólice de Seguro. Origem da Obrigação. Natureza do Conflito. Competência. Justiça do Trabalho.

Abstract: The object of this study is an analysis, reflection and interpretation about the substantive jurisdiction of the Labour Court to appreciate the legal controversy about the hiring of the life insurance policy and / or of accident by the employer on behalf of its employees, segment now securitized. **Key Words:** Insurance Policy. Origin of Obligation. Nature of Conflict. Competence. Labour Court.

Introdução:

Pretende-se, por este estudo, fazer uma análise e interpretação acerca da competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as controvérsias jurídicas sobre a contratação da apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa do segmento securitizado.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária².

A contratação de apólice de seguro de vida e/ou acidentária pelo empregador, a favor de seus empregados, tem previsão no art. 458, § 2º, V/CLT, que fixa expressamente sua

¹ Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG, pós graduado em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU; pós graduado em Filosofia do Direito e Direito Público/Faculdade Católica de Uberlândia-Dominis, professor do curso de pós graduação em Direito Material e Processual do Trabalho/UFU.

² CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores? (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, p. 20/21.

natureza jurídica de utilidade não salarial, e, portanto, se trata, inequivocamente, de uma parcela ou benefício de direito privado/civil, mas instituído em razão e função do contrato de emprego, arts. 2º e 3º/CLT.

Ainda, a contratação deste benefício pelo empregador com empresa securitária, a favor de seus empregados, decorre também, da previsão do art. 444/CLT, que estabelece uma cláusula geral de livre estipulação e/ou contratação de benefícios entre as partes, com o objetivo de implementar uma melhora nas condições sociais dos trabalhadores, art. 7º, “caput”/CR.

E, em inúmeros outros casos, observa-se também, que esta obrigação tem previsão e origem em disposições existentes nos instrumentos normativos, acordos coletivos e/ou convenções coletivas, arts. 7º, XXVI e 8º, III/CR e art. 613, IV/CLT, que regulamentam outras condições de trabalho das categorias.

Não obstante tratar-se de instituto fornecido em razão do contrato de emprego e/ou até mesmo das normas coletivas que regulamentam novas e diferentes condições e benefícios em favor da categoria profissional dos trabalhadores, existem precedentes da própria jurisprudência trabalhista que não admitem sua competência material para apreciação desta matéria, como se observa:

EMENTA: DENUNCIAÇÃO À LIDE. SEGURADORA. A competência material da Justiça do Trabalho encontra-se prevista no art. 114 da Constituição da República, não contemplando, todavia, as ações que envolvam empresas seguradoras e empregadores, acerca do cumprimento de apólice de seguro. (TRT 3ª Região – 1ª T. – RO 00270-2010-043-03-00-2 – Rel. Juiz Conv. Eduardo Aurélio Pereira Ferri – DJMG 30/09/2011).
EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DO PRÊMIO DE SEGURO. LIDE ENTRE SEGURADO E SEGURADORA. NATUREZA AUTÔNOMA. Cabendo à Justiça do Trabalho dirimir conflito de interesses entre empregado e empregador e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, aparteia-se da seara atávica trabalhista a questão surgida entre segurado e seguradora, com vínculo jurídico clássico com o contrato de seguro. (TRT 3ª Região – 3ª T. – RO 00525-58.2011.5.03.0043 – Rel.ª Des. Emilia Facchini – DEJT 21/01/2013).

A Natureza do Conflito e sua Competência Material:

Na fixação da competência material, deve-se observar que a “índole de um conflito deriva de sua origem e de seu objeto, e não da norma invocada³”, logo, data vênua dos r. entendimentos em contrário, a Justiça do Trabalho detém competência para apreciar e julgar as ações indenizatórias “lato sensu” fundadas na existência da relação de emprego.

Trata-se, inclusive, de competência histórica, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e que inclui, portanto, a hipótese jurídica de reparação de da-

³ DALAZEN, João Orestes. Competência Material Trabalhista. LTr: 1994, p. 51.



nos materiais de apólice de seguro, eis que sua origem, derivação e fundamento legal é a pré-existência do contrato de emprego, art. 444/CLT.

Isto porque, esta pré-existência do contrato de emprego é condição essencial (e não acidental e/ou natural) do negócio jurídico de seguro (vida e/ou acidentário) com a empresa securitária, e, o conflito que daí surge, decorre da vantagem concedida, ainda que indireta, da existência e condições contratuais daquele vínculo, arts. 444 e 458, § 2º, V/CLT.

É justamente a pré-existência do vínculo de emprego, como condição essencial do negócio jurídico securitário, que permite, inclusive, instituir o pagamento do prêmio mensal da apólice para a empresa securitária, e, não ao empregador propriamente dito, através de descontos mensais dos salários dos trabalhadores, descontos estes, incontroversamente tidos por lícitos pela legislação e jurisprudência trabalhista, art. 462/CLT e Súmula 342/TST.

Portanto, a relação jurídica securitária que surge entre empregado, empregador e empresa securitária, pode ser compreendida como um contrato anexo àquele de emprego, que lhe é pré-existente, ou, em outras palavras, sem a pré-existência do contrato de emprego, com a conseqüente utilidade fornecida pelo empregador, art. 458, § 2º, V/CLT do desconto salarial compartilhado do empregado, art. 462/CLT e Súmula 342/TST, é impossível a existência do contrato securitário multilateral.

Tem-se então, na hipótese de recusa do pagamento da apólice, um conflito trabalhista impuro/atípico⁴, cuja competência material é da Justiça do Trabalho, independentemente que a solução o mérito da controvérsia tenha que ser apreciada e julgada segundo as normas do Direito Civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social. As decisões dos Tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas”. (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21))⁵.

Aliás, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e, portanto, na vigência da redação original do art. 114/CR, o STF já se manifestou neste sentido:

⁴ Idem, Ibidem, p. 56. Ainda, leciona o eminente Ministro: “Em síntese, conflito trabalhista de natureza jurídica é o que se estabelece visando à interpretação ou aplicação de norma jurídica preexistente, assim considerada a que emane do contrato de emprego ou de qualquer das fontes formais do Direito do Trabalho: lei, convenção ou acordo coletivo, regulamento ou sentença normativa (esta, singularidade apenas do direito brasileiro)”. Idem., op. cit., p. 58.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONST., ART. 114. AÇÃO DE EMPREGADO CONTRA O EMPREGADOR, VISANDO A OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES NEGOCIAIS DA PROMESSA DE CONTRATAR FORMULADA PELA EMPRESA EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO. 1. COMPETE A JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR DEMANDA DE SERVIDORES DO BANCO DO BRASIL PARA COMPELIR A EMPRESA AO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DE VENDER-LHES, EM DADAS CONDIÇÕES DE PREÇO E MODO DE PAGAMENTO, APARTAMENTOS QUE, ASSENTINDO EM TRANSFERIR-SE PARA BRASÍLIA, AQUI VIESSEM A OCUPAR, POR MAIS DE CINCO ANOS, PERMANECENDO A SEU SERVIÇO EXCLUSIVO E DIRETO. 2. A DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NÃO IMPORTA QUE DEPENDA A SOLUÇÃO DA LIDE DE QUESTÕES DE DIREITO CIVIL, MAS SIM, NO CASO, QUE A PROMESSA DE CONTRATAR, CUJO ALEGADO CONTEUDO E O FUNDAMENTO DO PEDIDO, TENHA SIDO FEITA EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, INSERINDO-SE NO CONTRATO DE TRABALHO. (STF – T. Pleno – CJ 6959-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22/02/1991).

EMENTA: Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil. (STF – 1ª Turma – RE 238.737-4/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 05/02/1999).

Neste aspecto, a Corte Constitucional corrigiu a posição jurisprudencial do STJ, para quem, a fixação da incompetência material trabalhista decorria da causa de pedir e pedidos fundados no Direito Civil, e não, na própria relação jurídica material das partes, ou seja, os pedidos de indenização fundamentos no Direito Civil seriam da competência da Justiça Comum.

Como muito bem assinado pelo professor Antônio Álvares da Silva⁶:

Toda questão, de qualquer natureza, que for conteúdo de uma relação de emprego ou de trabalho, obrigação de contratar, obrigação de dar, um apartamento sob certa condição, inscrição em plano de saúde, transferência de quotas, promessa de empréstimo, e tudo mais que provier do contrato de trabalho, será competência da Justiça do Trabalho.

(...)Se à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa a natureza da solução da lide, mas sim que o fundamento do pedido tenha sido feito em razão do contrato de trabalho, abriu-se efetivamente a porta para o desenvolvimento da competência da Justiça do Trabalho.

⁶ In Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista. LTr: 2005, p. 238/239.



Este, inclusive, é o fundamento atual da jurisprudência trabalhista consolidada, ao fixar a competência material da Justiça do Trabalho para: 1. apreciação da reparação por danos morais que tenham origem no contrato de emprego, Súmula 392/TST. 2. apreciação da reparação por danos materiais que tenham origem na frustração do seguro-desemprego por culpa do empregador, Súmula 389/TST. 3. apreciação das reparações por acidente de trabalho e/ou doenças ocupacionais (STF – T. Pleno – CC 7204/MG – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – DJU 09/12/2005), todas questões cuja solução será fundada na teoria da responsabilidade civil.

Ademais, não se pode deixar de observar que esta controvérsia, acerca do inadimplemento da obrigação securitária, decorre também, muitas vezes, como efeito anexo e secundário, da lide originária e primária sobre o acidente de trabalho e/ou doença ocupacional que vitima o trabalhador, cuja pretensão reparatória se insere no rol de seus direitos sociais, art. 7º, XXVIII/CR, e se situa na 3ª hipótese acima de competência material da Justiça do Trabalho.

A Emenda Constitucional 45/2004. A atual redação do art. 114, VI e IX/CR:

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 teve por objetivo promover a chamada “Reforma do Poder Judiciário” e apresentou importante papel de reafirmação da importância da Justiça do Trabalho, ao compreender e fixar dentro de sua competência material, diversos conflitos de índole e naturezas distintas da relação de emprego propriamente dita, que até então, não se inseriam em seu âmbito jurisdicional.

Desta emenda, extrai-se a nova redação dada ao art. 114, incisos VI e IX/CR, que fixam, expressa e textualmente, a competência material da Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar: 1. as ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho. 2. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A partir de sua vigência, parece não haver dúvida, quanto à disposição do inciso VI do art. 114, da competência material trabalhista para julgar as ações indenizatórias decorrentes da relação de trabalho, na qual se inclui, à evidência, as da relação de emprego.

Destaca-se, sobretudo, que o texto constitucional utilizou a expressão “ações” no plural, o que reforça na busca do sentido das palavras utilizadas, pelos métodos interpretativos gramatical, sistemático e teleológico, sua intenção expansionista e ampliativa, já que se parte da premissa que não existem palavras inúteis na Constituição.

Logo, quaisquer ações indenizatórias, em sentido lato, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho, serão da competência da Justiça do Trabalho, o que incluiu, portanto, as controvérsias indenizatórias sobre o pagamento da apólice de seguro.

Inclusive, a jurisprudência do TST evolui neste sentido⁷.

⁷“CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O direito postulado é proveniente do contrato de trabalho celebrado entre as partes, afigurando-se competente a Justiça do Trabalho, a teor do art. 114 da Constituição Federal. No contexto em que foi decidida a matéria, não há margem para se concluir pela violação dos dispositivos citados, uma vez que se trata de obrigação originária da relação de emprego entre o Reclamante e a CEF. Recurso de Embargos não conhecido.” (SBDI-1 – E-RR 5.132/2002-921-21-00.8 – Rel.

Compreende-se, portanto, que esta competência material é fixada em razão da matéria ter origem e fundamento no contrato de emprego, e não das normas da teoria da responsabilidade civil utilizadas para solução da controvérsia, bem como, não em razão do eventual sujeito passivo da obrigação indenizatória a ser cumprida, se o empregador propriamente dito, a empresa securitária contratada, ou ambos.

Inclusive, como muito bem explicitado pelo Ministro João Orestes Dalazen⁸, com o advento da EC 45/2004, inserem-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho:

(...) quaisquer outras lides a propósito de direitos e obrigações que decorram da relação de emprego, mesmo que não se estabeleçam entre empregado e empregador, como se dá com a ação civil pública trabalhista, ou com o dissídio sobre complementação de aposentadoria entre empregado e entidade de previdência fechada instituída pelo empregador, quando a complementação de aposentadoria não é criada pelo empregador.

A adoção de solução jurídica diversa, mesmo após o advento da EC 45/2004, com a redação dada ao art. 114, VI/CR, incorrerá no risco de se materializar, ainda que involuntariamente, o vício da interpretação retrospectiva, já advertida pelo professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso⁹:

Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito,

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 10/06/2005)

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SEGURO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A competência da Justiça do Trabalho tem como fator determinante, no caso, a circunstância de que o reclamante somente é beneficiário do plano de seguro em razão da condição de empregado da empresa. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (SBDI-1 – E-RR 864/2003-102-03-00.7 – Rel. Ministro João Batista Brito Pereira – DJU 21/09/2007)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. SEGURO DE VIDA CONTRATADO PELA EMPREGADORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos relativos a direitos e vantagens previstos na legislação trabalhista. O fato de o seguro de vida constituir-se em obrigação assumida pela empregadora, e que aderiu ao contrato do trabalho do autor, não desloca a competência para a Justiça Comum, pois diretamente ligado ao contrato de trabalho (artigo 114 da Constituição Federal de 1988). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (6ª T. – AIRR 76740-08.2006.5.03.0025 – Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 06/06/2008).

⁸ In A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil (In COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves. Nova Competência da Justiça do Trabalho. LTr: 2005, p. 153).

⁹ In Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva: 2004, p. 70/71.



José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade desta postura:

“Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do interprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que lhe capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”.

Outra questão, já com ênfase na interpretação do art. 114, IX/CR, é que o Poder Constituinte Derivado criou e reservou à Justiça do Trabalho, a competência material residual por derivação legislativa infraconstitucional.

E, de igual sorte, a obrigação de contratar e fornecer a apólice de seguro de vida e/ou acidentária pode, também, decorrer da previsão dos instrumentos normativos que regem o Direito Coletivo do Trabalho (acordos coletivos e convenções coletivas), art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR e art. 611/CLT.

Tratam-se de típicos institutos do Direito do Trabalho, criados com fundamento na autonomia privada coletiva¹⁰, originária na negociação entre as entidades sindicais ou com a empresa, mediante prévia aprovação dos trabalhadores em assembléia específica, art. 612/CLT, no exercício de sua liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais art. 8º, I/CR, com o objetivo de implementar o enunciado constitucional da melhoria de suas condições sociais, art. 7º, “caput”/CR.

E, justamente por se tratar de obrigação que tem origem e fundamento de existência e validade na norma coletiva das categorias, arts. 7, XXVI e 8º, III/CR e 613, IV/CLT, é que, também por este prima e enfoque, a competência material é da Justiça Especializada do Trabalho, por expressa previsão do art. 1º da Lei 8.984/1995, naturalmente recepcionado pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.

¹⁰ “A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados auto-regularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal – desde que não afronte norma típica de ordem pública. Ou, como bem diz Gian Carlo Perone, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado” (In “A Ação Sindical nos Estados Membros da União Européia”, Ed. LTr, 1999, p. 22). (...)

A Constituição Federal de 1988 é expressa em arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados – visão apequenada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por ela organizados de autoconduzirem-se, de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal”. IN TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de Direito do Trabalho. LTr: 2005. 22ª ed., Vol. II, p. 1.189, 1.190 e 1.191.

Tutela da ordem jurídica dos direitos sociais e a Competência da Justiça do Trabalho. Interpretações. Exclusão das Incoerências Jurídicas:

Diante das premissas das demais hipóteses de competência material da Justiça do Trabalho, em que a controvérsia se resolve pela teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT (v.ex., 1. danos morais puros, Súmula 392/TST. 2. seguro desemprego, Súmula 389/TST. 3. acidentes de trabalho e/ou doenças ocupacionais, STF – T. Pleno – CC 7204/MG), deve-se buscar, para a coerência e compatibilidade das interpretações jurisdicionais, da unidade do Direito Judiciário do Trabalho, o ponto de equilíbrio e congruência também para esta hipótese de conflito, já que existente as mesmas razões e fundamentos jurídicos das anteriores, e, portanto, a preservação da coerência, harmonia e completude do ordenamento.

Ora, se a função do direito é o equilíbrio, a razão de ser do direito também é o equilíbrio, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a serenidade e a proporção perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. (...).

O injusto não é de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra este risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada. (...).

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que quando ela falta os critérios de justiça hão de ser outros: ou justiça distributiva, ou justiça social; mas não comutativa. Mas os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do *pacta sunt servanda*, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos, quando é tão evidente a incoerência de hipótese verdadeira de vinculação livre e igualitária de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência jurídica dele, desprezando a desproporcionalidade de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do justo¹¹.

A inadimplência da obrigação de seguro, que tem origem e fundamento na pré-existência do contrato de emprego, em suas normas coletivas e na própria legislação trabalhista sobre as utilidades não salariais fornecidas, constituiu prática ilegal e abusiva no mercado de consumo, art. 187/CC, e violação da função social contratual, art. 421/CC.

¹¹ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juizes. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. RT: 2006, p. 423 e 428.



Ainda, caracteriza dano à toda uma coletividade indeterminada, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os empregadores, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de reparação acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

Ora, o empregador contrata o objeto da apólice justamente em benefício de seus empregados, para lhes minimizar eventuais prejuízos materiais decorrentes dos infortúnios de acidentes e doenças (com ou sem nexos com o trabalho), mas, também se vê frustrado por aquela inadimplência, suscetível, inclusive, de ser responsabilizado por eventual culpa na escolha (in eligendo) da empresa de seguros, e, como tal, também é parte lesada, pelo descumprimento contratual da mesma.

Trata-se de lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR, direitos estes que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR¹².

E, justamente pelos direitos sociais do trabalho serem interpretados como direitos fundamentais (de 2ª dimensão), deve-se lhes aplicar, de igual maneira, o princípio da efetividade¹³ das normas constitucionais, art. 5º, §1º/CR, para proteção do ser humano.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o homem a todo custo, valor supremo da razão de ser do direito. Por isso se diz que o direito se acha na luta (Ihering), e essa idéia, expressa na obra de Kampf um's Recht do célebre autor, firmava o conceito de sentimento do direito (Rechtsgefühl).

Lutar pelo direito é “lutar pela conservação moral da pessoa”.

¹² O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n.º 1.675-1, publicada no DJU em 24/09/97, mencionou que os direitos sociais do trabalho encontram-se inseridos no rol dos direitos constitucionais fundamentais, em interpretação sistemática extraída do art. 5º § 2º da CR/88. (“...os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”).

¹³ A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. In BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª edição. Saraiva. p. 246.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). In GOMES CANOTILHO, José Joaquim, APUD, BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, *Ibidem*.

Por isso dizemos que “é um aspecto essencial da conditio humana que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*”¹⁴.

Conclusão

Diante de todo este contexto, pode-se concluir que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar e julgar as ações indenizatórias que versem sobre o inadimplemento de apólice de seguro (de vida e/ou acidentária) contratada pelo empregador, a favor de seus empregados, com empresa securitária, eis que:

I. Trata-se de controvérsia que tem origem e fundamento na existência do contrato de emprego, e, a fixação da competência material independente que a solução jurídica se dê pela aplicação da teoria da responsabilidade civil, art. 8º/CLT (Precedentes do STF: 1. CJ 6959-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22/02/1991. 2. RE 238.737-4/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 05/02/1999).

II. Já se fixou na jurisprudência, que a Justiça do Trabalho detém competência material para apreciar outras ações indenizatórias, desde que seu fundamento seja a existência da relação jurídica material de emprego, a exemplo, 1. das ações reparatórias acidentárias e/ou por acidente de trabalho (STF – T. Pleno – CC 7204/MG – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – DJU 09/12/2005), 2. das ações de reparação por danos materiais pelo não recebimento do seguro desemprego por culpa do empregador (Súmula 389/TST), 3. das ações de reparação por danos morais puros (Súmula 392/TST).

III. A apólice de seguro é um benefício concedido em razão da liberdade de negociação e contratação entre as partes, art. 444/CLT, de natureza jurídica de utilidade não salarial, art. 458, § 2º, V/CLT, sendo que, é pacífico no âmbito da Justiça do Trabalho a legalidade e licitude do custeio compartilhado pelo empregado, mediante desconto em seu salário, art. 462/CLT e Súmula 342/TST.

IV. O art. 114, VI/CR estabeleceu a competência material da Justiça do Trabalho, de forma expansionista e ampliativa, para apreciar e julgar as ações indenizatórias em sentido lato e no plural, que tenham origem e fundamento na relação de trabalho.

V. Trata-se, pois, de competência fixada em razão da matéria, com origem e fundamento no contrato de emprego, e não dos eventuais sujeitos passivos da obrigação, a ser apreciada e resolvida pelas normas da teoria da responsabilidade civil, como expressamente prevê o art. 8º/CLT.

¹⁴ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. Cit., p. 429



VI. Por outro lado, pode se tratar de benefício instituído e criado pelas normas decorrentes da autonomia privada coletiva (ACT e/ou CCT), arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, arts. 611 e 613, IV/CLT, cuja competência material da Justiça do Trabalho fixada no art. 1º da Lei 8.984/1995, foi naturalmente recepcionada pela competência constitucional residual por derivação legislativa, art. 114, IX/CR.

VII. A inadimplência da apólice pode caracterizar dano à toda uma coletividade indeterminada, art. 81/CDC, tanto os empregados na frustração da fruição de sua proteção jurídica, quanto, também, os empregadores, na lesão da garantia contratual adquirida com o objetivo de prevenção ou de reparação acidentária, art. 7º, XXII e XXVIII/CR, em seus efeitos pecuniários.

VIII. Caracteriza, pois, uma lesão à própria ordem jurídica trabalhista e seus principais destinatários, empregados e empregadores, o que justifica, pois, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciação desta matéria, art. 114, VI e IX/CR, a fim de se dar efetividade e materialidade aos direitos sociais previstos nos arts. 7º, XXII, XXVI e XXVIII e 8º, III e VI/CR.

IX. Trata-se, em última síntese, de compreensões e conclusões que afastam o risco da adoção da interpretação retrospectiva (e sua “patologia de hermenêutica constitucional”), e, busca adotar uma interpretação de conformidade com o princípio da efetividade das normas constitucionais, notadamente, quanto à sua aplicação aos direitos sociais do trabalhadores, que se inserem no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. Saraiva. São Paulo: 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves. **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. LTR. São Paulo: 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. LTr. São Paulo: 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição. Malheiros. São Paulo: 2004.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. LTr: São Paulo. 2005.
- FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. RT: São Paulo. 2006.
- NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. RT. São Paulo: 2006.
- SILVA, Antônio Álvares da. **Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. LTr. São Paulo: 2004.
- _____. **Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista**. LTr. São Paulo: 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª edição. Vol. I. LTr. São Paulo: 2005.

Trabalho: Valor Ou Mercadoria ?

Patrícia Santos de Sousa Carmo¹

“Todas as mercadorias enquanto valores, são trabalho humano objetivado” (Karl Marx)

Resumo: Inconteste o projeto constitucional em torno do trabalho, dado seu valor social. Não obstante, na prática, tem-se o descompasso entre o plano normativo e o plano factual, com a baixa eficácia normativo-jurídico da Constituição. Nesse sentido, não tem sido o trabalho usado como uma mercadoria? Nos últimos anos, frente a matriz apologética desconstrutiva do direito, desregulamentação, precarização e mudanças tecnológicas, o Direito do Trabalho não cumpre, tão amplamente, sua função precípua de salvaguardar os trabalhadores e de implementar melhorias nas condições de trabalho. Portanto, é imperioso compatibilizar capital e trabalho, de modo a restaurar o vigor do Direito do Trabalho como instrumento modernizante, progressista e civilizatório, e, por conseguinte, proporcionar a proteção dos trabalhadores e a melhoria das condições de trabalho na ordem socioeconômica. Esse é objetivo principal desta pesquisa, que se desenvolverá em torno da Função Social da Empresa.

Palavras-chave: Trabalho; Capitalismo; Direito do Trabalho; Função Social da Empresa

Introdução

A Constituição Federal, ao discorrer sobre a Ordem Econômica e Financeira, Título VII, expressa opção pelo capitalismo.

Consoante ensinamento de Eros Grau, a ordem econômica sintetiza parcela da ordem jurídica, plano normativo, que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica.²

Nele joga papel primordial a livre iniciativa – fundamento do Estado Democrático de Direito, na exata dicção do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal – que repercute no direito de investir o capital no ramo que considerar mais favorável, bem como na escolha da produção de bens que se demonstre mais conveniente à realização de lucros.³

Noutro quadrante, a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo indica a exegese do art. 170 da mesma Constituição Federal.⁴

¹ Advogada. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Pontifícia Católica do Estado de Minas Gerais, sob a orientação do Prof. Dr. Márcio Túlio Viana. Doutoranda em Direito Privado, na linha Direito, Trabalho e Democracia, pela Universidade Pontifícia Católica do Estado de Minas Gerais, sob a orientação do Prof. Dr. Márcio Túlio Viana.

² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.57.

³ Ibidem, p.180.

⁴ Idem, p.179.



O valor social do trabalho diz respeito a princípio cardeal da ordem constitucional brasileira e dever universal, relevante para a afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social.⁵

Daí porque o valor social da livre iniciativa e o valor social do trabalho estão inscritos no mesmo dispositivo legal, como fundamentos da República.⁶

Não se olvida, pois, que a livre iniciativa ultrapassa a feição de liberdade econômica – pensada pelo liberalismo econômico –, porquanto deve ser interpretada em consonância com as regras e princípios consagrados no ordenamento jurídico⁷, mormente a função social da empresa, nos termos do art. 5º XXIII e art.170, II e III, todos da Constituição Federal.

Inclusive, com fins a dar consecução ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Constituição Federal enuncia as diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, expressos em seus artigos 1º, 3º e 170.⁸

Não obstante, na prática, tem-se o descompasso entre o plano normativo e o plano factual, com a baixa eficácia normativo-jurídico da Constituição.

Paralelamente, há a problemática da concretização das normas trabalhistas. Deveras, o Direito do Trabalho – especialmente nas últimas décadas – tem sofrido fortes impactos. Surgiu em razão das transformações ocorridas no século XVIII, como instrumento modernizante, progressista e civilizatório, a fim de regular a relação empregatícia e proporcionar a proteção dos trabalhadores e a melhoria das condições de trabalho na ordem socioeconômica.⁹

Nas últimas décadas, porém, já não é o mesmo. Não mais cumpre tão amplamente sua função precípua de salvaguardar os trabalhadores e de implementar melhorias nas condições de trabalho.¹⁰

Este ramo dinâmico do Direito, que se renova constantemente, por influência dos impulsos sociais aos quais é exposto, tem sido crescentemente precarizado.¹¹

Atualmente, a análise global da relação custo-benefício – cumprimento ou descumprimento da lei trabalhista – indica que, do ponto de vista econômico, é extremamente vantajoso para os empregadores o seu descumprimento, criando uma verdadeira cultura de inadimplemento – diferentemente do que acontece em alguns países, como Alemanha

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.34.

⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica, cit., v.2, p.186.

⁷ Ibidem, p.182.

⁸ Idem, p.179.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho.7. ed. São Paulo: LTR, 2008, p.58.

¹⁰ Ibidem, p.30.

¹¹ Idem, p.30.

e Suíça, em que a regra habitual de conduta – cumprir a legislação trabalhista – é mais benéfico ou menos desvantajoso.¹²

Assim, ante a falência daquele plano de ação global normativo e a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista, verifica-se a consecução do valor da livre iniciativa em detrimento do valor social do trabalho.

Conjuntura que se agrava frente às transformações da ordem econômica mundial – neoliberalismo – e às modificações nos modos de organização do trabalho e de produção – pós-fordismo – instaurando um quadro de desemprego estrutural.

Ante o exposto, questiona-se: Como o trabalho se insere nesse contexto? Nesse contexto de descompasso entre o ser e o dever ser: é valor social ou mercadoria?

O presente estudo – que não pretende ser exaustivo – tem por escopo, em um constante diálogo com o Direito, Trabalho e Democracia, determinar o marco de origem deste paradigma, seu desenrolar ao longo dos tempos, suas incoerências, suas implicações para a sociedade, bem como averiguar a tutela jurídica dispensada ao tema.

O objetivo geral é duplo: fazer um diagnóstico da situação e propor alguma mudança em termos de medida profilática. Nesse sentido, terá naturalmente um aspecto teórico, mas se propõe a ter também uma aplicação prática. Há como compatibilizar a livre iniciativa com o valor social do trabalho? Há como reduzir a distância entre o direito real e o direito ideal?

O segundo objetivo é talvez o mais importante, pois, ao estabelecermos paradigmas para uma possível reforma trabalhista - diminuindo a distância entre o direito real e o direito ideal, mais perto estaremos do implemento de um Direito do Trabalho articulado aos novos tempos e mais eficiente na proteção do trabalhador.

A morfologia do trabalho: o trabalho material

O Mercantilismo é o nome dado a um conjunto de práticas adotadas na Revolução Comercial na Idade Moderna, entre o século XV e o final do século XVIII.¹³

É definido, em seu sentido mais amplo, como sistema de intervenção governamental para promover a prosperidade nacional e aumentar o poder do estado.¹⁴

Em que pese, seja erroneamente considerado um programa de ordens exclusivamente econômicas, diga-se que seus objetivos eram em grande parte políticos, eis que, em verdade, a finalidade da intervenção nos assuntos do econômicos não se resumia em ex-

¹² PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro, cit., v.10, p.341.

¹³ BURNS, Eduard McNall. História da Civilização Ocidental. Tradução da Editora Globo. Porto Alegre: Globo, 1966, vol. I, p.497.

¹⁴ Ibidem, p.497.



pandir o volume da indústria e do conjunto do comércio, mas também, e principalmente, mais dinheiro para o tesouro do rei.¹⁵

Afinal, o Capitalismo um sistema econômico em que os meios de produção e de distribuição são da propriedade privada, baseado na livre troca de mercadorias com o objetivo de obter lucro “é antítese direta da economia semi-estática das corporações medievais, em que a produção e o comércio eram orientados no sentido de beneficiar a sociedade, com uma remuneração apenas razoável dos serviços, ao invés de lucros ilimitados.”¹⁶

Assim, no século XVI, na Inglaterra, ante a necessidade de força de trabalho e aumento dos lucros, a elite econômica provocou o fechamento das terras, a elevação dos arrendamentos, bem como editaram leis desmantelando as corporações de ofício. É que, segundo esse autor, “um homem só trabalha para o outro quando é obrigado”¹⁷.

Portanto, somente quando os trabalhadores são destituídos dos meios de produção – seja da terra, no caso dos camponeses, ou das ferramentas, no caso dos artífices –, por falta de opção, vendem sua capacidade de trabalho, a fim de angariar recursos para a sobrevivência:¹⁸

O processo que abre caminho para o sistema capitalista não pode ser senão o processo que o toma o trabalhador a posse de seus meios de produção; um processo que transformará, de uma lado, os meios sociais de subsistência e produção no capital, e, de outro lado, os produtos imediatos em trabalhadores assalariados.¹⁹

Ciente daquela máxima, o capital criou uma classe trabalhadora livre e sem propriedade – o operariado – por meio da apropriação dos meios de produção dos camponeses e artesãos:

De fato, se fosse realmente livre para vender (ou não) a sua liberdade, o trabalhador a manteria – inviabilizando o sistema. Desse modo, para que o sistema se perpetue, é preciso não só que haja liberdade formal para contratar, mas que falte liberdade real para não contratar. Para que faltasse aquela liberdade real, foi preciso inviabilizar as antigas alternativas de subsistência do trabalhador. Em outras palavras, foi necessário impedi-lo de produzir a sua pequena economia doméstica, que lhe permitia plantar a sua comida, colher as uvas de seu vinho e costurar as suas roupas. E foi assim que - antes mesmo da difusão do contrato de trabalho - a lei roubou a terra do camponês, enquanto a máquina vencia o artesão. Sem outros meios para produzir, além das próprias mãos, ambos aceitaram então se submeter. As relações de poder tinham se tornado menos visíveis, mas nem por isso menos fortes.²⁰

¹⁵ Idem, p.498.

¹⁶ Idem, p.491.

¹⁷ HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.167.

¹⁸ Ibidem, p.157.

¹⁹ Idem, p.163.

²⁰ VIANA, Márcio Túlio. Relações de Trabalho e Competência: esboços de alguns critérios. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 40, n. 70 (supl. esp.), p.151-170, jul./dez.2004, p.1.70

Donde se extraí que o trabalho é elemento constitutivo do Capitalismo, está inserido nas bases do capitalismo, sistema econômico que se baseia na propriedade privada dos meios de produção e na transformação da força de trabalho livre assalariada – mão de obra – em matéria prima e na acumulação do capital e na organização dos meios de produção.

Ante o exposto, de se perguntar: como o trabalho está inserido nessa estrutura? Que papel cumpre no sistema econômico? Dúvidas essas que serão esclarecidas no próximo tópico.

A dialética de instrumentalização trabalho e do direito do trabalho

Inconteste que a afirmação do valor-trabalho nas principais economias capitalistas ocidentais desenvolvidas despontou como um dos principais marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo.²¹

É que o trabalho se mostra como momento fundante de realização do ser social, sendo, neste sentido, ponto de partida para a humanização do ser social²²: “é o trabalho, por isso, uma condição da existência do homem, independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana²³

Assim, com o exercício do trabalho, tem-se transformação recíproca: por um lado, o homem que trabalha é transformado pelo seu trabalho; por outro lado, os objetos e forças da natureza são transformados em meios, objetos, em matérias primas.²⁴

Trata-se do valor social do trabalho, que traduz o trabalho como elemento central do desenvolvimento da sociabilidade humana.²⁵

Em primeiro lugar, pela gênese: o trabalho, essencialmente pessoal, leva a marca da pessoa, que é a sociabilidade; em segundo, pelas profundas e decisivas influências que ele exerce sobre o bem-estar coletivo e sobre o progresso da civilização; em terceiro, pelas exigências técnicas da produção, no sentido de que não pode ter produção sem a preestabelecida convergência de muitos esforços, vale dizer, sem divisão do trabalho e coope-

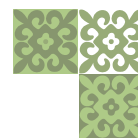
²¹ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego. São Paulo: LRT, 2006.

²² ANTUNES, Ricardo. L. C. O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 68.

²³ Karl, Marx. O capital. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.50.

²⁴ LUKÁS,Georg. As bases ontológicas do pensamento e da atividade do homem. São Paulo: Ciências Humanas, nº4, 1977, p.8.

²⁵ ANTUNES, Ricardo. L. C. O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho, cit., v.26, p.68.



ração; em quarto, enfim, pelo fim que visa, que não pode ser para exclusiva vantagem do indivíduo e muito menos com dano a coletividade.²⁶

Indo adiante, tem-se que o trabalho pode, também, ter natureza de valor econômico, trabalho essencialmente qualitativo, intercâmbio entre homem e natureza, que viabiliza a produção de coisas socialmente úteis.²⁷

Nesse sentido, todo o trabalho, dispêndio de força de trabalho do homem no sentido fisiológico, qualidade do trabalho igual ou trabalho humano abstrato gera valor das mercadorias.²⁸

Ademais, todo trabalho, também dispêndio de força de trabalho do homem determinada a um fim, qualidade de trabalho concreto útil, produz valor de uso.²⁹ A propósito, transcreve-se:

É a força de trabalho do operário que o capitalista compra para vender com lucro, mas é evidente que o capitalista não vende a força de trabalho de seu operário. O que ele realmente vende – e com lucro – são as mercadorias que o trabalho do operário transformou a matéria prima em produtos acabados. O lucro vem do fato de receber o trabalhador um salário menor do que o valor da coisa produzida.³⁰

Ora, no trabalho, em sua acepção econômica, já se percebe a instrumentalização do trabalho, ainda que em pequeno grau.

No entanto, essa instrumentalização se elastece no trabalho envolto em relações capitalista, incontestemente, pois, que se altera o seu sentido histórico original:³¹

Se podemos considerar o trabalho como um momento fundante da sociabilidade humana, como ponto de partida do processo de seu processo de humanização, também é verdade que na sociedade capitalista o trabalho se torna assalariado, assumindo a forma de trabalho alienado. Aquilo que era uma finalidade básica do ser social – a busca de sua realização produtiva e reprodutiva no e pelo trabalho – transfigura-se e se transforma. O processo de trabalho se converte em meio de subsistência e a força de trabalho se torna, como tudo, uma mercadoria especial, cuja finalidade vem a

²⁶ BATAGLIA, Felice. *Filosofia do Trabalho*. Trad. Luiz Washington Vita e Antônio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958, p.24.

²⁷ *Ibidem*, p.69.

²⁸ *Idem*, 69.

²⁹ *Idem*, 69.

³⁰ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.152

³¹ ANTUNES, Ricardo. L. C. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 69.

ser a criação de novas mercadorias objetivando a valorização do capital.³²

Na sociedade capitalista, o mercado separou e isolou o valor de troca ou o preço monetário, das qualidades que configuram a relação do homem com os objetos materiais e com os outros seres humanos. Isso ocorreu de forma particularmente clara no processo de trabalho. Do ponto de vista capitalista, os salários representam simplesmente, mais uma despesa de produção a ser acrescentada ao custo das matérias-primas e da maquinaria no cômputo do lucro. O trabalho converteu-se em uma mercadoria como qualquer outra que o capitalista adquiria sempre que via a possibilidade de obter algum lucro delas.³³

Assim, transmutado o sentido de valor social do trabalho, bem como a sua acepção de valor econômico, o trabalho se torna meio e deixa de ser aquele fim de realização humana.³⁴

Por consectário lógico, tem-se a desrealização do ser social e, mais, o resultado do exercício do trabalho, o produto, se apresenta como um ser alheio e estranho ao produtor.³⁵

Trata-se do estranhamento do trabalhador, que traduz a ideia de alienação do trabalhador enquanto ser social, enquanto ser produtivo e enquanto ser criativo:

O estranhamento do trabalhador em seu objeto se expressa, pelas leis nacional-econômicas, em que quanto mais o trabalhador produz, menos tem para consumir; que quanto mais valor cria, mais sem-valor e indigno ele se torna; quanto mais bem formado o seu produto, tanto mais deformado ele fica; quanto mais civilizado seu objeto, mais bárbaro o trabalhador; que quanto mais poderoso o trabalho, mais impotente o trabalhador se torna; quanto mais rico de espírito o trabalho, mais pobre de espírito e servo da natureza se torna o trabalhador.

Enfim, tem-se uma metamorfose no universo do trabalho humano sob as relações de produção capitalistas. O trabalho que deveria ser um momento de identidade entre o indivíduo e o ser genérico, objetiva-se, de maneira que, as relações sociais se dão entre os produtos do trabalho, portanto, relação entre coisas:³⁶

Em um país fundado sob a lógica capitalista, em que as pessoas sobrevivem daquilo que recebem pelo seu trabalho, atitudes que atentam de modo reiterado contra direitos fundamentais trabalhistas se afiguram ofensivas à ordem axiológica estabelecida. Isso porque retiram do trabalhador, cuja mão de obra se reverte em proveito do empreendimento, a segurança capaz de lhe permitir

³² Ibidem, p.69.

³³ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. História do Pensamento Econômico. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 22ª Edição. Editora Vozes: Petrópolis, 2005, p.95.

³⁴ ANTUNES, Ricardo. L. C. O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 69.

³⁵ Ibidem, p.70.

³⁶ Idem, p.72.



uma interação social minimamente programada. Retiram sua segurança ao negar pagamento das verbas salariais ou ao submetê-lo a humilhações decorrentes da cobrança de metas. Ou seja, ao colocar o lucro do empreendimento acima da condição humana daqueles cuja força de trabalho justifica e permite seu desenvolvimento como empresa.³⁷

Noutro quadrante, na mesma linha de raciocínio, incontestemente que o Direito do Trabalho e o capitalismo guardam – entre si – uma relação de simbiose, e em certo sentido contrapeso.

Enquanto o capital se preocupa, basicamente, com a sua própria acumulação, a norma trabalhadora minimiza a exploração constituída, segundo a experiência histórica específica, ainda que de maneira diferenciada e com intensidade distinta.

Dada à qualidade do Direito do Trabalho de minorar os efeitos negativos daquele sistema econômico, demonstra-se útil e necessário para os trabalhadores e – inclusive – para a preservação de tal paradigma: “O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema.”³⁸

Não obstante, nos últimos anos, frente a matriz apologética desconstrutiva do direito do trabalho, desregulamentação, precarização e mudanças tecnológicas, o direito do trabalho não cumpre, tão amplamente, sua função precípua de salvaguardar os trabalhadores e de implementar melhorias nas condições de trabalho.³⁹

E mais, manipula-se o próprio Direito do Trabalho, instrumento de distribuição de renda e dignidade a pessoa humana, como meio de auxiliar para obtenção do fim econômico, culminando em quebra do pacto social.⁴⁰

É inadmissível o uso do Direito do Trabalho, que está no centro da tensão entre capital e trabalho, para viabilizar condutas que em nome da persecução do lucro terminam por gerar sofrimento coletivo.⁴¹

Tem-se, pois, o malferimento do Direito do Trabalho, enquanto Direito Social, que não se trata apenas de uma normatividade específica, mas sim de regra de caráter transcendental que impõe valores (solidariedade, justiça social, proteção a dignidade da pessoa humana) à sociedade e, conseqüentemente, a todo o ordenamento jurídico.⁴²

³⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2014, p.32.

³⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A Supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo*. Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p.157/193, jul./dez. 2008, p.172.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008, p.30.

⁴⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping Social ou Delinquência Patronal na relação de emprego?* In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p.145.

⁴¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2014, p.51.

⁴² *Ibidem*, p.32.

E mais, interfere, inclusive, nos custos públicos para manutenção da seguridade social e do judiciário trabalhista, que é obrigado a lidar com as mesmas pretensões jurídicas em face de atos perpetrados pelas sociedades empresárias.⁴³

O Direito Social não pode ser reduzido a uma mera questão de custo, na medida em que aí não há o plano de sociedade imaginado pela Carta Magna.⁴⁴

Admitir-se assim é permitir a renúncia de direitos trabalhistas, o que não se autoriza na seara laboral. A título de ilustração, transcreve-se ensinamento de Gabriela Neves Delgado:

O direito fundamental ao trabalho digno, enquanto Direito Humano, é alçado à condição de indisponibilidade absoluta por todos os instrumentos internacionais já destacados. A indisponibilidade do direito ao trabalho digno é também considerada regra prevalecente no Direito do Trabalho Brasileiro. (...) Enfim, a ordem jurídico-trabalhista brasileira proíbe a renúncia ou transação lesiva de direitos, independentemente de regular presença dos requisitos do contrato de trabalho já destacados, com base em seu fundamento teleológico.

Regla ensina que tão importante quanto ter uma constituição é viver em constituição: “Um sistema jurídico-político – tiene una constitución – cuando cuenta con La forma constitucional como garantia de dichos ideales; y – vive em constituicon – quando esses direitos son practicados”⁴⁵

Com efeito, no século XX, com o advento do Constitucionalismo Social e da teoria da Constituição Dirigente, altera-se o papel da Constituição, se antes apenas retratava e garantia a ordem econômica (Constituição Econômica), passa a ser aquela que promove e garante as transformações econômicas (Constituição Normativa).

Dessa maneira, imperioso compatibilizar o plano normativo com o plano factual, a livre iniciativa ao valor social do trabalho, sob pena de se estar em sede de uma Constituição semântica, cuja funcionalidade não se aproveita aos destinatários dela, mas se a quem detiver poder.

Dessa feita, inevitável perguntar: Se o Direito do Trabalho regula o trabalho humano remunerado, para evitar que o homem seja tratado como coisa, como proceder nesse momento histórico em que, de certa forma, há a instrumentalização do homem?

Nos dias de hoje, é preciso que o Direito do Trabalho não apenas deixe de retroagir, mas – para conter os estragos do capital – se torne “maior do que já foi”⁴⁶:

⁴³ Idem, p.38.

⁴⁴ Idem, p.36.

⁴⁵ REGLA, Josep Aguiló. Sobre la Constitución de Estado Constitucional, p. 445. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142061.pdf>, disponível em:13/02/2014

⁴⁶ VIANA, Márcio Túlio. Relações de Trabalho e Competência: esboços de alguns critérios. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 40, n. 70 (supl. esp.), p.151-170, jul./dez.2004, p. 170.



Dentro dessa perspectiva, o ideal será que a Justiça do Trabalho (à espera de /mas também já construindo um novo Direito) possa abraçar, sem preconceitos, também os eventuais, os biscateiros, os cooperados, os ambulantes, os engraxates, as prostitutas e todos os outros que trabalham por conta alheia, dentro ou fora do processo produtivo. Mesmo porque eles já não formam, necessariamente, categorias à parte; são possibilidades presentes numa mesma vida, ou, se preferirmos, recortes de vida de uma mesma pessoa, que talvez possamos conceituar – sem qualquer exagero - como o trabalhador em pedaços do novo milênio.⁴⁷

Neste sentido “o Direito do Trabalho precisa, portanto, transgredir, para possibilitar a consolidação da essência humana pelo trabalho digno, fazendo com que o ser trabalhador entenda o sentido de ser parte e de ter direitos na sociedade em que se vive”.⁴⁸

Para tanto, “as mudanças jurídicas a serem implementadas devem fundamentar-se na lógica finalística originária do Direito do Trabalho”, bem como “alargar a proteção jurídica aos trabalhadores não empregados, com base numa visão humanitária e universal do Direito do Trabalho”.⁴⁹

No mesmo sentido, assevera Márcio Túlio Viana:

E se a realidade, hoje, tem múltiplas faces, o Direito do Trabalho terá de refleti-las, para que possa, em seguida, refletir-se nelas – corrigindo as suas maiores distorções. Nesse sentido, terá mesmo de ser flexível, tal como a nova empresa tem sido; mas mantendo firme o seu princípio protetor, tal como ela faz com a sua lógica de acumulação.⁵⁰

Essa mudança paradigmática, torna-se mais relevante ao se perceber que: “A lógica regressiva, não encontrando limites, aperfeiçoa-se”⁵¹.

Dessa maneira, à medida que o capital desenvolve técnicas para se esquivar das obrigações legais – seja transferindo parte de sua estrutura para além da fábrica, seja se travestindo de algo que não é, na mesma velocidade e intensidade, deve o Direito do Trabalho estender sua proteção para lá, com vistas a reverter a lógica reducionista dos direitos sociais:

Reconhecer a condição de “empregado por interpretação constitucional” aos trabalhadores que ingressam na estrutura da empresa ou da rede de empresas,

⁴⁷ Ibidem, p.1.70

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego. São Paulo: LRT, 2006, p. 240.

⁴⁹ Ibidem, p.241.

⁵⁰ VIANA, Márcio Túlio. Relações de Trabalho e Competência: esboços de alguns critérios. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 40, n. 70 (supl. esp.), p.151-170, jul./dez.2004, p. 155.

⁵¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo. Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p.157/193, jul./dez. 2008, p.170.

ainda que suas contratações estejam amparadas por contratos de trabalho autônomos. Trata-se de atrair para a proteção dos direitos fundamentais socioeconômicos aqueles que têm semelhanças com o empregado e que em outros sistemas jurídicos recebem tratamento distinto, com proteção jurídica e social inferior ao do empregado.⁵²

Afinal, na prática, tem-se mais do que o descompasso entre o plano normativo e o plano factual, verifica-se, ainda, a instrumentalização do trabalhador e do Direito que lhe protege.

De forma que, o Direito do Trabalho, quando utilizado como instrumento do capitalismo, está, também, instrumentalizando o trabalhador.

Dessa feita, enquanto não se coibir esse fenômeno o Direito do Trabalho estrará instrumentando o Capitalismo e não, como deveria, sendo seu contrapeso.

Inconteste, pois, a necessidade de se repensar a relação entre o trabalho e capitalismo, bem como a relação direito do trabalho e capitalismo:

É preciso repensar a relação homem-trabalho... É preciso repensar a empresa... E os dois focos sobre os quais devem se centrar as mudanças e os questionamentos estão na transparência da própria organização empresarial e no impacto social de suas ações.⁵³

Ante o exposto, com vistas a expansão e inovação do Direito do Trabalho, passa-se ao estudo da função social da empresa, instituto jurídico que pode ajudar sobremaneira no combate a instrumentalização do trabalho e do direito que lhe protege.

A função social da empresa: instrumento de realização dos direitos fundamentais e do valor social do trabalho.

O termo função social surgiu na filosofia, transferiu-se para as ciências sociais e, progressivamente, adentrou no direito,⁵⁴ na Constituição de Weimar (1919), atrelando-se a função social da propriedade.⁵⁵

⁵² CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação Estrutural-Reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 46, n.76, p.197-218, jul./dez.2007, p.20/21.

⁵³ BREVIDELLI, Scheilla Regina. A função social da empresa: alargamento das fronteiras éticas da relação de trabalho. USP. 2000, p.6

⁵⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98, p.33.

⁵⁵ Idem, p.36.



De se ilustrar que o direito pátrio tratou pela primeira vez da função social – da propriedade – na Constituição de 1943, a qual somente tomou os contornos – como hoje se concebe – com a Constituição Federal de 1988.⁵⁶

Pois bem. A palavra função deriva do latim *functio*, cujo sentido corresponde a se assegurar o preenchimento de uma função.⁵⁷ Por sua vez, a expressão social se refere à determinada coletividade.

Sobre função social, veja-se:

Cumprir a função social de um ente significa, então, fazer o correto uso de sua estrutura segundo a sua natureza, dando ao bem ou ente uma destinação justa, sem ferir seu ideal de existência, no plano aceito conforme o sistema e a ideologia predominante na época.⁵⁸

Portanto, a funcionalização, seja da propriedade, seja dos demais institutos jurídicos reflete, objetivamente, a necessidade de condicionamento do exercício dos respectivos direitos aos interesses maiores da sociedade.⁵⁹

Sabe-se que a função social da empresa decorre da função social da propriedade considerada enquanto propriedade dos bens de produção.⁶⁰

Diante disso, tem-se ser a função social da empresa o poder-dever de o empresário e os administradores da sociedade empresária harmonizarem a atividade econômica aos interesses da sociedade.⁶¹

Portanto, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa (poder), mas deve fazê-lo limitado ao cumprimento de suas finalidades sociais (dever)⁶².

Diga-se não se tratar de simples limitações ou restrições ao exercício do direito (obrigações negativas), mas também da imposição de deveres positivos, que integram a própria essência do direito subjetivo.⁶³

⁵⁶ CARVALHO, Maria de Lourdes. A empresa contemporânea: em face das pessoas com deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 19.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito de Trabalho. 12. Ed. São Paulo: LTr, 1991, p.134.

⁵⁹ BARTHOLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função Social da Empresa. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 96, volume 857, março de 2007, p. 17.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. In Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva:1995, p. 32.

⁶¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98, p.36.

⁶² *Ibidem*, p.33.

⁶³ PILATI, José Isaac. Função social da Empresa: Contribuição a um novo paradigma. In Revista Jurídica. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 2005 (jan/jun), nº 17, p.56

O art. 170 da Constituição Federal estabelece um norte para a densificação da função social da empresa, eis que assegurara a todos os indivíduos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Trata-se de norma dotada de aplicabilidade imediata, e não de simples conselho político ou expectativa constitucional.⁶⁴

Todavia, registre-se que a aplicação do princípio da função social da empresa é ainda extremamente incipiente.⁶⁵

Inclusive, dada a abstração do instituto jurídico, por interpretação equivocada, a matriz apologética desconstrutiva do Direito do Trabalho defende a função social da propriedade – dentre elas a de bens de produção (empresa) – como argumento para a manutenção da exploração capitalista.⁶⁶

Com efeito, na prática, a maioria das sociedades empresárias é contrária ao cumprimento da função social, eis que colocam a busca desenfreada por lucros como prioridade absoluta.⁶⁷

Inclusive, há quem diga ser esse um problema grave e urgente: “Se a teoria não oferecer um conceito adequado e o Direito não garantir uma tutela mais eficaz da função social, assistiremos inertes(...) ao comprometimento das condições de vida e da paz social do planeta.”⁶⁸

É preciso avançar, sob pena de o instituto ficar neutralizado nos limites de um solidarismo social ou de um discurso ético.⁶⁹

Cumpra dar a função social eficácia jurídica e efetividade social, mediante a formulação de um conceito técnico-jurídico.

A princípio, no aspecto corporativo da sociedade empresária, a função social da empresa tem expressão na contratação de pessoas com deficiência física, em um meio ambiente de trabalho higiênico e seguro, no respeito às normas trabalhistas, na não discriminação dos empregados no curso da relação de emprego, na não discriminação em virtude de sexo, cor e idade.⁷⁰

⁶⁴ OMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. In *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva:1995, p. 60.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶ *Idem*, p. 35.

⁶⁷ *Ibidem*, p.101.

⁶⁸ PILATI, José Isaac. Função social da Empresa: Contribuição a um novo paradigma. In *Revista Jurídica*. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 2005 (jan/jun), nº 17, p.55.

⁶⁹ *Ibidem*, p.59.

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. A ponderação entre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador e o princípio constitucional da preservação da empresa: a função social da empresa sobre o enfoque trabalhista. In *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. Porto Alegre: Magister, 2006 (março/abril), nº 31, p.43.



De qualquer modo, sabe-se que cumprir a função social da empresa implica a concretização dos direitos fundamentais⁷¹, eis que promove melhor redistribuição de suas riquezas, paga salários justos e dignos, oferece condições dignas de trabalho e atua em harmonia com seu entorno.⁷²

Certo é que: “Toda a essência da relação de trabalho e proteção do trabalhador pode ter uma nova dimensão e parâmetro dentro desse pensar da empresa”.⁷³

De fato, a questão do trabalho e da efetividade do processo do trabalho, permeia em como o direito regula as sociedades empresárias, como permite ou inviabiliza seu exercício, como controla os deveres contratuais não cumpridos, o que pode – de acordo com a forma com que se apresenta – favorecer ou não a instabilidade social, a concentração de riquezas e a injustiça social.⁷⁴

Conclusão

É como diz um autor desconhecido: “Andam desarticulados os tempos”.

Deveras, está-se em sede de um Estado Democrático de Direito, cuja dignidade da pessoa humana é diretriz suprema de organização de toda a República. Todavia, a diretriz soa mais como um discurso, uma promessa pra, quem sabe, o amanhã.

E mais, sobrelevando-se que o máximo da dignidade se exercita mediante o trabalho, que guarda em si, hodiernamente, muito menos do social e mais do capital, mais distante parece aquele mandamento constitucional.

Diga-se que este artigo não se presta a questionar a validade do modelo econômico em que estamos inseridos. Tampouco, está-se defendendo o fim do lucro, que é inerente da atividade econômica organizada. Em verdade, liga-se a imposição de um padrão ético mínimo para a relação empregatícia.

É imperioso compatibilizar capital e trabalho, de modo a restaurar o vigor do Direito do Trabalho como instrumento modernizante, progressista e civilizatório, e, por conseguinte, proporcionar a proteção dos trabalhadores e a melhoria das condições de trabalho na ordem socioeconômica.

Pretende-se, assim, mediante a Função Social da Empresa, o desenvolvimento de um sistema de checagem do cumprimento das obrigações trabalhistas, capaz frenar a sín-

⁷¹ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.81.

⁷² FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. *Função Social da Empresa & Economia de Comunhão: um encontro à luz da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2013, p.101.

⁷³ BREVIDELLI, Scheilla Regina. *A função social da empresa: alargamento das fronteiras éticas da relação de trabalho*. USP. 2000, p.6

⁷⁴ *Ibidem*, p.6

drome de descumprimento das normas trabalhistas, bem como de viabilizar a promoção da dignidade pessoa humana e o valor social do trabalho.

Quem sabe, assim, os tempos se articulem, e, de preferência, promovam o reencontro do trabalho com o valor social e do Direito do Trabalho com a efetividade jurídico-normativa.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Crisitina de Carmargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada**. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (jun/set).

BARTHOLLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Função Social da Empresa**. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 96, volume 857, março de 2007.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BREVIDELLI, Scheilla Regina. **A função social da empresa: alargamento das fronteiras éticas da relação de trabalho**. USP. 2000.

BURNS, Eduard McNall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução da Editora Globo. Porto Alegre: Globo, 1966.

CANOAS, José Walter (Organizador). **A Busca da Canastra no Mundo do trabalho: caminhos e descaminhos**. Franca:UNESP, 2005.

CARVALHO, Maria de Lourdes. **A empresa contemporânea: em face das pessoas com deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 19.

CASSAR, Vólia Bomfim. **A ponderação entre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador e o princípio constitucional da preservação da empresa: a função social da empresa sobre o enfoque trabalhista**. In Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre: Magister, 2006 (março/abril), nº 31.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Subordinação Estrutural-Reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 46, n.76, p.197-218, jul./dez.2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In:AMARAL, JR., Adalberto; PERONE-MOISES, Cláudia (orgs). O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo, Edusp, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da propriedade dos bens de produção**. In Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva:1995.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.30.

DELGADO, Mauricio Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.



DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.34.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. **Função Social da Empresa & Economia de Comunhão: um encontro à luz da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.57.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Jaime Larry Ben-chimol. 22ª Edição. Editora Vozes: Petrópolis, 2005.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A Supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo**. Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p.157/193, jul./dez. 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas Relações de Trabalho**. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

MASSI, Domênico de. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Editora José Olympio Ltda. 2001

MATOSO, Jorge Eduardo Levi; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Barbosa (organizadores). **Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?**. São Paulo, Scritta, 1996.

PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutelas de urgência no processo do trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro in Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2003.

PILATI, José Isaac. **Função social da Empresa: Contribuição a um novo paradigma**. In Revista Jurídica. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 2005 (jan/jun), nº 17.

REGLA, Josep Aguiló. **Sobre la Constitución de Estado Constitucional**, p. 445. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142061.pdf>, disponível em:13/02/2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito de Trabalho**. 12. Ed. São Paulo: LTr, 1991, p.134.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98,

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Trad. Robson Ramos dos Reis. Petrópolis: Vozes. 1997.

VIANA, Márcio Túlio. **Relações de Trabalho e Competência: esboços de alguns critérios**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 40, n. 70 (supl. esp.), p.151-170, jul./dez.2004.

VIANA, Marcio Túlio. **Direito do Trabalhador e Flexibilização**. In: BARROS, Alice Monteiro (Org.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Goyotá*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997.

Uma Análise Crítica da Conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho

Pedro Victor Vilas Boas da Silva¹

Resumo: A conciliação no processo do trabalho possui um papel primordial, considerada como princípio orientador na seara trabalhista. É um instrumento que se confunde com a história da Justiça do Trabalho. A resolução de diversas das demandas é fruto de transações homologadas em juízo. Boa parte da celeridade atribuída à Especializada se daria devido à rápida resolução do conflito pelas próprias partes. A sua importância salta aos olhos quando se analisa a Consolidação das Leis do Trabalho: o instituto é citado inúmeras vezes, denotando uma relação quase que simbiótica com o processo. O instituto arranca elogios de grande parte da doutrina e é considerado vital para a manutenção da estrutura judiciária, flagrantemente limitada por recursos materiais e humanos, juntamente com a impossibilidade fática de resolução de todos os conflitos pela via tradicional (processo de conhecimento, sentença, execução). Assim, com as partes pondo fim ao litígio estaríamos diante de uma pacificação social mais “profunda”, “verdadeira” e com maior justiça. Todavia, a par das benesses oportunizadas pelo instituto conciliatório, as quais não se negam, deve-se lembrar que a demanda trabalhista possui conteúdo corresponde em boa parte a direitos indisponíveis, e diante do qual se defrontam partes que na maioria das vezes são profundamente desiguais do ponto de vista econômico, social e cultural. A repercussão social da conciliação na seara trabalhista se daria pelo seu poder de exercer impacto na aplicação prática do direito material, isto é, no cumprimento efetivo da legislação. Ela poderia funcionar como um poderoso instrumento de indução do cumprimento espontâneo das normas, assim como poderia atuar de forma oposta a essa tradicional concepção: ajudar a firmar o descumprimento sistemático da legislação, caso seja economicamente vantajoso conciliar. Sendo assim, a partir de dados empíricos secundários e de obras sobre direito processual e material do trabalho, bem como de estudos sociológicos sobre o mundo trabalho, investigar-se-á no presente artigo as práticas de conciliação na Especializada, abordando as características das lides trabalhistas, bem como os comportamentos daqueles que a compõem.

Palavras-chave: Conciliação Trabalhista; Renúncia e Transação; Processo do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução; 2 Investigação das práticas de conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho; 2.1 Características dos Dissídios na Justiça do Trabalho; 2.1.1 As partes do processo: características, perspectivas e comportamentos; 2.1.1.1 O empregador reclamado; 2.1.1.2 O juiz; 2.1.1.3 O advogado; 2.1.1.4 O empregado reclamante; 3 Considerações Finais; Referências.

1 Introdução

“Conciliação” é sinônimo de acordo, concórdia, de harmonização do que antes parecia ser incompatível. É, portanto, conseguir uma solução na acepção química da palavra: misturar substâncias e obter como resultado um sistema homogêneo. Matematicamente, pode se traduzir na resultante de um denominador comum para numeradores distintos.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.



Uma solução química, todavia, pode ser neutra, básica ou ácida a depender da concentração de seus elementos, da mesma forma que o resultado matemático pode ser positivo ou negativo.

Segue também essa regra a conciliação judicial: a depender da forma de sua utilização pode ser um ótimo sistema de arrefecimento para o calor que se origina do atrito entre os atores sociais – evitando um superaquecimento da sociedade –, ou pode fornecer o combustível que alimenta a perpetuação das desigualdades por meio da flexibilização de regras inderrogáveis, garantido, até certo ponto, a sobrepujança do mais forte sobre o mais fraco.

Há muito a conciliação, como uma amalgama, faz-se presente na Justiça do Trabalho. No período pós-guerra, eclodiram na sociedade questões antes inimagináveis para o Estado liberal como os direitos do consumidor, dos trabalhadores, direito à saúde, previdência, educação, da minoria étnica, dentre outros. As mudanças no direito material exigiram do processo adaptação. Com uma enxurrada de novos direitos garantidos os ritos tiveram de ser repensados, no sentido de garantir remédios e mecanismos de efetivação da letra da Lei. As pessoas precisavam levar suas questões ao judiciário como meio de assegurar efetividade às novas disposições, sem que, para isso, tivessem um custo excessivo ou que suas demandas fossem eternizadas, esquecidas em alguma parte dos arquivos da Justiça.

O direito trabalhista minorou a vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica do empregado face ao empregador. Vulnerabilidade essa que era agravada pela contratação livre diante de uma igualdade formal entre as partes, bem como pelo poder diretivo do empregador; pelo mercado que se auto-regulava (sem nenhuma ou pouquíssima participação do proletariado nesse processo); e, na medida em que a maioria das pessoas só possuía uma mercadoria para vender, pela reserva de mão-de-obra.² Também por essas circunstâncias se justificam a irrenunciabilidade e o caráter de ordem pública do direito trabalhista.

A Justiça e o Processo do Trabalho, portanto, nascem nesse contexto de concretização dos direitos sociais - tão caros à sociedade contemporânea. A conciliação, por sua vez, desponta como um relevante meio de resolução dos conflitos individuais trabalhistas.

No particular brasileiro, a introdução dos direitos sócio-econômicos de terceira geração se deu por conta da Constituição de 1934, influenciada pela Carta Política alemã de 1919, logo após o fim da República do café-com-leite, por consequência da Revolução de 1930. A partir de então o Estado brasileiro passou a voltar progressivamente a sua atenção ao bem-estar social, diretriz que se repetiu nas demais Constituições, especialmente nas Cartas Políticas de 1946 e 1988.³ O governo brasileiro passou a regular de forma substancial as relações empregatícias com o advento da CLT, em 1943, com uma intenção intervencionista muito clara, tanto nas relações individuais, quanto nas relações coletivas de trabalho.

Nesse momento histórico houve também uma tendência de especialização das instituições jurisdicionais, com procedimentos processuais igualmente específicos. A Justiça

² CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil. São Paulo: LTr, 2003. p.241.

³ JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2010. p.495-496.

do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário brasileiro, por assim dizer, com a redação da Constituição Federal de 1946,⁴ na qual foram garantidas aos magistrados do trabalho as mesmas prerrogativas dos demais membros da magistratura nacional. As Juntas de Conciliação e Julgamento, juízo de primeiro grau, eram compostas por um magistrado de carreira (o presidente) e dois outros classistas (um representante dos empregados e outro dos empregadores). Fato é que a forma de composição desse órgão jurisdicional,⁵ e até mesmo a sua denominação, indicavam, desde já, uma de suas vocações que até os dias de hoje persiste: a conciliação.

2 Investigação Das Práticas De Conciliação Nos Dissídios Individuais Do Trabalho

Passa-se agora para outra etapa deste trabalho. Investigar-se-á a prática de conciliação nos dissídios individuais do trabalho. Ou melhor, busca-se aqui elucidar como se dá a conciliação na Justiça do Trabalho, partindo da análise, sobretudo, das características dos dissídios individuais, bem como das perspectivas e dos comportamentos dos sujeitos processuais (juízes, advogados e partes). Ademais, estudar-se-á alguns dos reflexos para o processo, para a Justiça e para a sociedade, resultantes da prática da conciliação na Especializada Trabalhista.

2.1 Características Dos Dissídios Na Justiça Do Trabalho

Toma-se por base neste tópico, sobretudo, relatórios estatísticos elaborados ao longo dos anos pelo Tribunal Superior do Trabalho,⁶ com o fito de extrair contornos gerais sobre a lide individual trabalhista.

Foram ajuizados, em 2012, 2.239.671 (dois milhões duzentos e tinta e nove mil, seiscentos e setenta e um) de novas ações no âmbito da Justiça do Trabalho. Esse número representou um aumento de, aproximadamente, 6% se compararmos ao ano de 2011. Essa tendência de aumento de processos se verifica desde as primeiras estatísticas e registros da Especializada, na medida em que se confirma já na década de 1940. A curva ascendente teve crescimento exponencial na década de 80 até os anos 2000, período que coincide com aumento populacional, com a redemocratização do Brasil e com a consolidação de uma nova Ordem Constitucional no país – a qual certamente ampliou o acesso à Justiça.

Deve-se ter em mente ainda que apesar do grande número de demandas ajuizadas, a estatística poderia ser ainda maior, na medida em que nem todos aqueles que sofrem violações vão a juízo reclamar seus direitos.

⁴ Até esse momento, afirma Wagner D. Giglio, mesmo com a CLT vigente há alguns anos as decisões da Justiça do Trabalho se assemelhavam mais a laudos arbitrais do que a pronunciamentos de órgãos judicantes. Em GIGLIO, Wagner Drdla. A conciliação nos dissídios individuais do trabalho. São Paulo: LTr, 1982. p. 26.

⁵ Órgão jurisdicional, pois assim eram consideradas as Juntas de Conciliação e Julgamento pelo texto de Lei, como nos remete o artigo 644, “b” da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶ TST. Estatísticas. Disponível em: <www.tst.jus.br/estatistica>. Acessado em 01 mai. 2014.



Esclarece-se que desse universo de pouco mais de 2 milhões de ações ajuizadas, a maioria esmagadora compreende dissídios individuais, correspondendo as ações coletivas (ação civil pública ou representação processual extraordinária sindical) a apenas 0,05%⁷ do total. Sendo assim, pode-se facilmente chegar à conclusão de que as demandas na Justiça do Trabalho são essencialmente individuais.

O ritmo de julgamento é intenso. 2.175.710 (dois milhões cento e setenta e cinco mil, setecentos e dez) processos foram julgados em 2012. 43,4% desses julgamentos correspondem a conciliações. No rito sumaríssimo esse número corresponde a 50,9%, isto é, a mais da metade dos processos. O número é bastante expressivo. Seguindo, os processos com pedidos totalmente procedentes correspondem a 2,8%. Os procedentes em parte aos significativos 25,4%. Os totalmente improcedentes a 7,4. As desistências, arquivamentos e julgamentos sem resolução do mérito a 18,4%, ou seja, quase 1/5 das demandas. Os 2,6% restantes ficam a cargo de extinções com resolução do mérito (0,7%) e pela categoria de “outras” decisões (1,9%).

No primeiro grau, em 2012, a recorribilidade para os TRTs na fase de conhecimento foi da ordem de 71,05% das sentenças proferidas. Esse é o maior índice desde o ano de 2004, quando foram interposto recursos em face de 55,9% das sentenças. Todavia, desde o ano de 2007 as taxas de recorribilidade externa superam os 63%. Nos Tribunais Regionais esse número cai para 46,66% em 2012, superando, desde 2004, a casa dos 36%. Nas execuções, no que tange às Varas do Trabalho, a recorribilidade atinge os inacreditáveis 101,03% no ano de 2012, alcançando os 106,12% em 2010 [sic].

A duração média, em 2012, da fase de conhecimento no rito sumaríssimo é de 124 dias, contados da data do ajuizamento até a prolação da sentença. Já no rito ordinário (rito de processamento majoritário) a fase de conhecimento é de 228 dias, ou seja, quase o dobro se comparado ao rito sumaríssimo. O grande problema de eficiência e celeridade nos processos trabalhistas fica evidenciado na duração da fase de execução.⁸ No rito sumaríssimo a sua duração média é estipulada em 543 dias (aproximadamente um ano e meio), enquanto que no rito ordinário esse número sobe para 719 dias (correspondendo a quase dois anos). Além disso, apenas 1/3 das sentenças trabalhistas logram êxito na fase executória.⁹

Simplificando, pode-se dizer que a duração total do processo trabalhista (individual), somadas todas as suas fases, são de 667 dias no rito sumaríssimo e de 947 dias no rito ordinário. Esses índices, acreditem, fazem da Justiça do Trabalho o órgão do judiciário mais eficiente no cenário nacional.

⁷ FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 272.

⁸ Segundo o relatório do TST o prazo médio para o encerramento da execução é calculado considerando o número de dias decorridos entre a data da expedição da primeira citação para pagamento e obrigação de fazer e a data de encerramento da execução do processo.

⁹ FILHO, Wilson Ramos. A conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.) Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p.69-95.

Muito dessa eficiência deve ser atribuída à conciliação. Ao escoar aproximadamente metade das demandas a utilização do instituto concede fôlego à máquina judiciária (pelo menos é o que se poderia dizer numa análise primária). Mesmo assim vemos que a maioria das sentenças não é cumprida, problema que deve ser atribuído, também, ao procedimento de constrição e expropriação disciplinado nas leis.

Vale salientar que apesar do baixo número de execuções efetivas, o montante pago as reclamantes advindo de créditos concedidos por sentença é imensamente maior do que aqueles que são pagos por conta de conciliações. Em 2012, conforme relatório do TST, foram pagos aos reclamantes um total de R\$ 18.628.038.501,33, dos quais R\$ 13.155.380.164,80 são provenientes de execuções e R\$ 5.466.369.329,31 decorrem de acordos firmados entre as partes. Ou seja, os valores pagos decorrentes de execuções representam 70,62% e os de acordo apenas 29,48% do total. Mais: os valores executados são 140%¹⁰ maior do que aqueles frutos de conciliações. A mesma tendência se verifica entre 2002 e 2011, onde os valores pagos por execução de sentença são mais do que o dobro do que os provenientes de acordo.¹¹

Não se pode atribuir, é bom frisar, essa diferença aos juros aplicados em sentença. A taxa seria maior do que 100% ao longo do tempo da execução no rito ordinário.¹² A verdade é que existe uma grande desproporção entre os valores pagos aos reclamantes por acordos e execuções, o que fica evidente caso se relacione o número total de processos conciliados com o montante pago aos reclamantes provenientes de acordos, tomando em conta as execuções efetivas. Em suma: concilia-se aproximadamente a metade das demandas e os acordos possuem, em média, menos da metade do valor de uma sentença.

2.1.1 As partes do processo: características, perspectivas e comportamentos

Investigado o perfil das demandas trabalhistas, passa-se agora a delinear algumas características, comportamentos e perspectivas das partes que figuram no processo.

2.1.1.1 O empregador reclamado

Fenômeno corriqueiro no âmbito judicial o litigante habitual é um conceito trabalhado pelo professor americano GALANTER,¹³ e se constitui em indivíduos que possuem uma experiência judicial mais extensa e costumeira, muito pelo fato de serem frequentemente acionados em sede jurisdicional.

Na Justiça trabalhista¹⁴ a indústria, o comércio e os “serviços diversos” estavam envolvidos, aproximadamente, em 61,4% das demandas ajuizadas em 2012, tendência reiterada em anos anteriores. Portanto, parte das empresas que compõem esses setores, assim

¹⁰ Número aproximado.

¹¹ FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 340.

¹² FILGUEIRAS, V. A. op.cit.p. 341.

¹³ GALANTER. Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal changes. Law and Society Review, v.9, 1974, p. 95, apud CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988. p.25-26.

¹⁴ “[...] em 2008, apenas no TST, 30 empresas tinham mais de mil ações em andamento e 300 mais de cem processos.” FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 348.



como eventualmente as de outros segmentos econômicos, podem ser enquadradas como litigantes habituais, posto que reiteradamente se envolvem em controvérsias judiciais.

Esse tipo de litigante possui certas vantagens em relação aos “litigantes eventuais”, perfil de indivíduo antagônico, tais como: planejamento estratégico diante das inúmeras demandas; possibilidade de desenvolver relacionamentos informais com os componentes da máquina judicial, no sentido de já conhecer o perfil do julgador;¹⁵ criação de precedentes favoráveis; compensação entre demandas (denotando menor peso de uma derrota judicial); testar estratégias diferentes etc.¹⁶

A existência desse litigante habitual se dá, especialmente na Justiça do Trabalho, pelo descumprimento também habitual de normas trabalhistas. O descumprimento dessas normas é resultado de um comportamento subjetivo maximizador de benefícios e minimizador de custos a cada tomada de decisão. O agente racional, conceito das ciências econômicas aplicado no direito por POSNER,¹⁷ figura dentro da sociedade e reage aos estímulos que lhe são dados: ao aumentar os benefícios possivelmente decorrentes da adoção de uma dada conduta, haveria tendência de adotá-la; ao revés, se o incremento ocorre no montante dos custos, a probabilidade do agente deixar de seguir determinada conduta é grande.

O litigante habitual age racionalmente dentro e fora do processo. Ou melhor, os empregadores demandados com frequência na Justiça do Trabalho efetuam uma análise global de custo/benefício. Mais vale cumprir a legislação trabalhista ou entabular uma empreitada judicial? Conciliar no início da demanda ou aguardar o tempo da fase de conhecimento mais a executória?

Na esfera do direito civil, mais especificamente no que tange à responsabilidade aquiliana, invoca-se o conceito de “custo social total”¹⁸ ao se realizar uma análise econômica do direito. O custo social total é resultado de uma relação entre o investimento em precaução, a probabilidade de ocorrência dos danos e o valor real desses danos. Quanto maior o investimento em precaução, a priori, menor será a ocorrência de acidentes e consequentemente o custo social total tenderá a cair. O mesmo raciocínio pode ser utilizado em seara trabalhista quando o empregador sopesa entre o adimplemento ou inadimple-

¹⁵ Mais uma vantagem fica elucidada quando são promovidos por alguns litigantes eventos que visam à aproximação dos juízes e o debate de teses jurídicas favoráveis. “Um grupo formado por 42 juízes do trabalho e ministros do TST (Tribunal Superior do Trabalho) teve passagens, hospedagem e refeições pagas pela FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) para participar de um congresso promovido pela entidade em um resort cinco estrelas na Praia do Forte (BA), durante o feriado prolongado de 21 de abril. É o 16º ano que o evento é realizado no país, com o objetivo de discutir temas relacionados a questões trabalhistas, segundo a Federação dos Bancos. [...]”. Em *Ibid.* p. 433.

¹⁶ GALANTER, op.cit. p.95 apud CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant, op.cit. p.25-26.

¹⁷ POSNER, Richard. *Economic analysis of Law*. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003 apud COULON, Fabiano Koff, *Crítérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito*. In: Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175-191.

¹⁸ COULON, Fabiano Koff, *Crítérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito*. In: Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175-191.

mento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. Qual será o seu menor custo social? É valioso investir em precaução (aqui encarada como a regularidade trabalhista)?

Ao olharmos para os números das demandas individuais do trabalho, percebemos que a conciliação é uma vistosa alternativa e pode representar, de certa forma, um estímulo ao ilícito trabalhista - em que pese não ser o único. O empresário, seja litigante habitual ou não, percebendo o estímulo dado à conciliação pela própria Justiça, bem como a possibilidade de pagar menos, de eventualmente parcelar a dívida e de corriqueiramente obter quitação com efeito liberatório amplo (o que não acontece extrajudicialmente), certamente não hesitará em inadimplir algumas de suas obrigações contratuais no decorrer da relação empregatícia por uma simples razão: é lucrativo. Da mesma forma, o quadro da res litigiosa (tempo de duração da demanda, capacidade probatória, recorribilidade etc.), em que pese não ser o único fator, influencia o momento e a probabilidade do acordo entre as partes. Analisa-se.

O tempo da demanda é algo que favorece ao futuro devedor e perturba o pretensor credor. Quanto maior a duração da demanda, maior a probabilidade do acordo, pois, independentemente da seara, quem ingressa em juízo possui a expectativa de uma tutela jurisdicional a curto ou médio prazo. Isto é, ninguém entra na justiça para ter resolvida suas questões e satisfeitas suas pretensões após cinco, sete ou dez anos. As pessoas querem uma prestação jurisdicional em um tempo razoável, ainda mais na Justiça do Trabalho, a qual lida, sobretudo, com créditos alimentares.

A capacidade probatória se refere à possibilidade real de provar o pedido (o direito) ou suas causas modificativas, impeditivas e extintivas. Exemplifica-se: a capacidade de um reclamante enquadrado na situação descrita na Súmula 338 do TST de ver confirmar nos autos o seu pedido de horas extraordinárias é muito maior do que aquele que não está. Assim, as partes estarão mais tendentes a conciliar quando sua respectiva capacidade probatória for baixa e/ou quando a capacidade probatória do adversário é alta. A análise dessa capacidade fica a cargo dos advogados, profissionais tecnicamente capacitados para avaliar a situação processual.

A recorribilidade é um fator que se atrela aos dois anteriores. Por vezes, quem recorre quer somente protelar; em outros casos, vislumbra-se uma reapreciação das prova e/ou de teses jurídicas adotadas em defesa dos respectivos direitos. Quanto maior a possibilidade e oportunidade/conveniência para recorrer, menor a probabilidade de um acordo. Novamente essa análise compete ao patrono.

A conciliação na escala industrial e no modo que se apresenta nos dias atuais representa uma alternativa ao processo e ao cumprimento de normas trabalhistas. O não pagamento de verbas devidas ao trabalhador em momento oportuno no curso da relação empregatícia (salário, adicional noturno, férias e terço constitucional, aviso prévio, FGTS e previdência etc.) atua como um prático, barato e desburocratizado financiamento de caixa, na medida em que nessas transações os “descontos e os prazos” são significativos,¹⁹

19 SETTI, P. A. A. *Merecimento e eficiência: a performance de trabalhadores, advogados e juízes na Justiça do Trabalho de Campinas*. 1995. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas Campinas-SP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1995.p.129-130.



além de não haver aplicação de juros em caso de parcelamento da dívida.²⁰ A cláusula de quitação geral entra nesse contexto para selar qualquer possibilidade de revisão (ressalvada a improvável hipótese de ação rescisória) e estabilizar tal “financiamento” para que transcorra sem percalços (um inesperado aumento de custos decorrente do ajuizamento de uma nova reclamação). Contrata-se (ou “compra-se”) então a irresponsabilidade jurídica, em outras palavras, o direito de prejudicar o trabalhador, na medida em que fatalmente direitos indisponíveis estão sendo renunciados, na ausência de ressalvas consignadas no termo.²¹

Em última análise, portanto, a conciliação pode sim ser apontada como um fator de estímulo à litigância, trazendo à tona um efeito antitético à razão de ser tão estimulada pelo CNJ. O slogan de eficiência, celeridade, escoamento de demandas e melhor aproveitamento da máquina pública cai por terra, pelo menos na Justiça do Trabalho, pois quanto maior o número de ilícitos trabalhistas, maior será o número de demandas ajuizadas.

A conciliação não pode ser disseminada indiscriminadamente como viga mestra da solução para o problema do judiciário. Cada competência (cível, criminal ou trabalhista) possui uma peculiaridade e pode se adequar ou não à conciliação. Na área cível a liberdade para negociar é ampla, as partes se encontram em paridade e equilíbrio jurídico, há apenas uma variação positiva ou negativa no patrimônio particular e mesmo assim a conciliação (transação) possui restrições; na seara criminal a conciliação (transação penal, art.72 da Lei 9.099/95 e suspensão do processo, art.89 da Lei 9.099/95) vem à cena para favorecer o réu frente à persecução Estatal; já na seara trabalhista a verba em questão possui caráter alimentar, é uma questão de subsistência (na maioria das vezes) e a maior parte dos direitos são indisponíveis.

Vê-se que a conciliação pode possuir efeitos indesejados (para os trabalhadores), a despeito de o instituto ser de praxis na Especializada desde seus primeiros passos. A lide simulada é, por exemplo, mais um desses efeitos indesejados que possui como uma das causas o modus operandi conciliatório. É impossível obter dados oficiais nesse caso, mas há uma estimativa de que cerca de 20% das demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho são caso de lides simuladas.²²

A lide simulada é uma prática odiosa onde o litígio é encenado pelas partes. O empregador, com o fito de fugir da assistência sindical (art. 477, §1º) e/ou de sonegar direitos trabalhistas, fomenta tal prática coagindo ou induzindo o trabalhador a ingressar em juízo e posteriormente entabular um acordo, no qual, além de consignar apenas parte dos direitos devidos, constará também, muito provavelmente, a cláusula de quitação geral. Esse fenômeno, além de representar um estágio avançado de esvaziamento da credibilidade

²⁰ NASSIF, Eliane Noronha. Conciliação Judicial e indisponibilidade: Paradoxos da justiça menor no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. p.186.

²¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998. p.267.

²² FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 344.

da Justiça como órgão estatal de efetivação dos direitos trabalhistas,²³ confirma o nexo de causalidade existente entre o infrator e a conciliação, pois o próprio delinquente procura a Justiça para cancelar seus acordos fraudulentos.

2.1.1.2 O juiz

Parte do problema vivenciado pela Justiça com a lide simulada pode ser atribuída à postura dos Magistrados em audiência. A busca e o incentivo à conciliação se dão intensamente e, de outro lado, a fiscalização dos termos acordados pelas partes é frágil.²⁴ Há juízes que, destinando-se a audiência somente para a conciliação, nem ao menos entram na sala, ou existem aqueles que permanecem inertes enquanto os advogados conversam sobre uma possível conciliação.²⁵ Ainda, a negociação gira em volta apenas dos valores a serem consignados,²⁶ deixando de lado a própria realidade dos autos ou a razão do pedido do reclamante. Isto é, muitas discussões não passam sequer pelo direito ou pela probabilidade dele, ao revés, são exclusivamente monetárias. Ademais, a alegada “pacificação social mais profunda”, “verdadeira” e com maior justiça²⁷ proporcionado pela conciliação, não seria sequer tangenciada, tendo em vista que o lado psicológico (a reconciliação entre as partes) se faz pouco presente na sala de audiência,²⁸ posto que o foco das partes está nos haveres transacionados.

O cenário é perigoso para o trabalhador, na medida em que o magistrado é o único que pode efetivamente controlar os termos da conciliação, levando-se em conta a atual conjuntura estabelecida desde a Emenda Constitucional nº 24, em 1999, extinta da figura dos vogais, quando o juiz presidente (togado passou a possuir a atribuição monocrática para apreciar, conciliar e julgar as demandas que lhe são submetidas).²⁹

Todavia, o que se vê em alguns casos é o incentivo desmedido à conciliação, mesmo que isso seja à custa dos cofres da previdência social.³⁰ Acordos que consignam apenas verbas indenizatórias representam verdadeiro prêmio para o empregador reclamado, o qual se furta de obrigações previdenciárias, além de pagar apenas parte do que era devido ao trabalhador e de se exonerar de qualquer outra responsabilidade afeita àquele contrato

²³ Ibid. p. 344

²⁴ SETTI, P. A. A. Merecimento e eficiência: a performance de trabalhadores, advogados e juízes na Justiça do Trabalho de Campinas. 1995. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas Campinas-SP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1995, p.115.

²⁵ MACHADO, Alberto de Paula. Extinção do Processo por acordo: vontade das partes ou necessidade do judiciário? In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.) Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p.47-54.

²⁶ SETTI, P. A. A. Merecimento e eficiência: a performance de trabalhadores, advogados e juízes na Justiça do Trabalho de Campinas. 1995. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas Campinas-SP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1995.

²⁷ SENA, Adriana Goulart de. Conciliação Judicial: Solução de Litígios na Área Trabalhista, Estado de Minas, Belo Horizonte: 2007.

²⁸ GIGLIO, Wagner Drdla. A conciliação nos dissídios individuais do trabalho. São Paulo: LTr, 1982. p.37.

²⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: Aspectos de Direito Comparado e o novo papel do Juiz. Revista LTr, São Paulo, v.65, nº2, Fevereiro 2001, p.151-162.

³⁰ SETTI, op. cit. p.117.



de trabalho com a muito corriqueira consignação nos termos da cláusula de quitação de efeito liberatório amplo.

A postura permissiva dos juízes do trabalho no que tange à conciliação possui também razões enraizadas na própria instituição, que detém certa cultura conciliacionista³¹ embasada pela ideologia do corporativismo e o catolicismo social.³² O corporativismo visa uma sociedade utopicamente sem conflitos, rogando pela harmonia entre classes sociais que se contrapõem no seio da sociedade. O catolicismo social, por sua vez, inaugura-se com a Encíclica *Rerum Novarum* e também pregava a harmonia, a negação da luta entre as classes, a concórdia e a resignação.

Esses dois pilares ideológicos introduzidos no Brasil de maneira mais consistente na década de 30 viam a luta entre as classes capitalista e proletária como improdutiva e visavam a conciliação entre elas. A Justiça do Trabalho passa, a partir da década de 40, a ser a instituição governamental que media as tensões existentes entre tais classes antagônicas e incorporou o contexto ideológico conciliacionista existente à época, o que se segue até os dias atuais com algumas modificações.³³

Mais recentemente percebemos uma intensificação do incentivo dado à conciliação, tendo por base as políticas do Conselho Nacional de Justiça. O que antigamente foi embasado pelo corporativismo e pelo catolicismo social, hoje ganhou um forte companheiro: a necessidade de legitimação da Justiça, partindo de um modelo baseado na ideologia da eficiência³⁴ trouxe à tona o instituto da conciliação, agora também como uma necessidade do próprio judiciário.

Seria estranho se a maioria dos magistrados não seguisse tal diretriz da política nacional de justiça, sobretudo quando rememorado que a Resolução 106 de 2010 do CNJ, a qual dispõe sobre os critérios objetivos de aferição do merecimento para fins de promoção na carreira, elegeu o número de conciliações realizadas pelos juízes (em pé de igualdade com decisões interlocutórias e sentenças), bem como o tempo médio de duração do processo na vara, como parâmetros para mensurar o fator da produtividade.

Assim, a conciliação (e outros meios alternativos de resolução de conflitos) segue no imaginário daqueles que compõe a Justiça como sendo o meio mais eficaz para se atingir a “pacificação social”, a harmonia e combater a tão falada “cultura de litigiosidade” inerente à sociedade brasileira. O combate a odiada cultura de litigiosidade é disseminado pela

³¹ FILGUEIRAS, V. A. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008*. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 438-449.

³² FILHO, Wilson Ramos. A conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013. p.69-95.

³³ FILHO, Wilson Ramos. A conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013. p.69-95.

³⁴ SOARES, José Luiz; ALEMÃO, Ivan. Conciliar é “Legal”? Uma análise crítica da aplicação da conciliação na Justiça do Trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, ano 26, n.306, 2009.

doutrina e pelos tribunais (e pelo CNJ) de tal modo que eles ignoram dados concretos³⁵ indicativos de que o número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho poderia ser muito maior, pois o ilícito trabalhista, o desemprego e o crescimento do número de ações possuem relação umbilical.³⁶ O comportamento do trabalhador brasileiro é, ao contrário do que se prega, de não reclamar direitos que lhe são subtraídos por razões das mais diversas: pode perder o emprego/cargo ou não conseguir nova colocação no mercado por conta de cadastros oficiosos, ou pode sofrer discriminação dentro do seu local de trabalho etc.

Ademais, em que pese os altíssimos números de processos conciliados na Justiça do Trabalho e, portanto, de processos supostamente extintos com “um maior grau de pacificação social”, a litigiosidade não para de crescer. Ano após ano o número de ações ajuizadas é superado. Além disso, não podemos deixar de citar que apesar de toda a ênfase dada à conciliação pelo CNJ, no âmbito da Justiça do Trabalho, as semanas nacionais de conciliação não fizeram tanta diferença assim no que tange ao total de conciliações no ano, apesar do aumento em relação ao número de conciliações por semana útil.³⁷

Entre os anos de 2007 e 2011 a média de conciliação/semana foi respectivamente de 15.938,12; 16.359,52; 16.999,66; 17.097,62 e 17.7776,1. Enquanto isso, na semana nacional de conciliação desses mesmos anos foram conciliados na Justiça do Trabalho o total de 21.883; 40.187; 35.746; 34.228 e 32.616 processos, representando um aumento respectivo e aproximado de 37%; 145%; 110%; 100% e 83% de feitos conciliados/semana. Esse aumento é discutível levando-se em consideração toda a estrutura montada para o evento, em especial o dos anos de 2007 e 2011. Além disso, comparando-se os números das semanas de conciliação em relação às conciliações realizadas durante o ano, veremos que os índices são quase que insignificantes, refletindo respectivamente a 2,74%; 4,91%; 4,2%; 4% e 3,66% do total, enquanto que uma semana ordinária correspondeu a 2% em todo o período.

É por isso que não se pode esquecer o papel ideológico desempenhado pelos meios alternativos de resolução de conflito. No caso da Justiça é a manutenção da paz e harmonia social para sedimentar as condições de apropriação da mais-valia e da reprodução contínua e acelerada do capital.³⁸ A dimensão disso salta aos olhos quando vemos, em um contexto macro, a evidente transferência de renda do empregado para o empregador que ocorre na Justiça do Trabalho por meio das conciliações.

É claro que o padrão explanado no presente tópico (negligência na fiscalização dos acordos, frouxidão com as verbas previdenciárias, e adesão institucional a uma cultura conciliacionista) não pode ser tido como uniforme entre todos os membros da magis-

³⁵ Demonstração da rotatividade do emprego formal em FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p.350 e 446.

³⁶ A relação entre o desemprego e o ajuizamento de ações será aclarada adiante.

³⁷ SOARES, José Luiz; ALEMÃO, Ivan. Conciliar é “Legal”? Uma análise crítica da aplicação da conciliação na Justiça do Trabalho. Revista Justiça do Trabalho, ano 26, n.306, 2009.

³⁸ FILHO, Wilson Ramos. A conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.). Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p.69-95.



tratura, na medida em que parcela deles não confere quitação total e/ou não admitem transação com verbas rescisórias e/ou ressalvam o dano à saúde.³⁹ Entretanto, os números e estatísticas apresentados em tópico anterior, em especial os que se referem ao total de conciliações e o numerário recebido pelos reclamantes, são indícios de que há uma forte inclinação por parte da maioria dos juízes a serem excessivamente permissionários em relação à conciliação, contribuindo paradoxalmente para incrementar o descrédito do Poder Judiciário.

2.1.1.3 O advogado

O jus postulandi das partes, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8, continuou vigorando no âmbito da Justiça do Trabalho e a figura do advogado não é obrigatória para pedir em juízo, ressalvada a hipótese da Súmula 425 do TST.

O jus postulandi, a priori, entre no sistema jurídico brasileiro sobre a égide da facilitação do acesso à Justiça, de simplicidade e de barateamento dos procedimentos. No entanto, sob outro prisma, pode ser encarado também como a acentuação da vulnerabilidade do empregado, visto que estará desprovido da assistência técnica necessária, ainda mais com o aumento da complexidade das controvérsias trabalhistas, a qual encerra hoje vasta legislação espessa, temas emergentes como dano moral por assédio moral, interpretações sumuladas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos abordando os mais diversos temas e cristalizando o entendimento dos tribunais. Tal vulnerabilidade pode determinar que o reclamante faça acordos em termos injustos, já que efetivamente não terá ampla condição de defesa dos seus interesses, tampouco estará informado do alcance de seus direitos.⁴⁰

O jus postulandi das partes, ademais, embasa entendimentos jurisprudenciais que estrangulam as hipóteses de remuneração do advogado (Súmula nº 219 do TST). Essa é uma das razões, não a única obviamente, para que o pagamento dos honorários seja retirado do crédito conferido em juízo ao reclamante.⁴¹ Assim, em casos de conciliações, além da parte que é transacionada, o empregado ainda sofrerá mais um desconto, dessa vez para remunerar o profissional que lhe assistiu. A celeridade da conciliação, outrossim, pode representar um estímulo ao advogado para que induza ou influencie seu cliente a celebrar um acordo, em razão da instantaneidade que o profissional, mesmo que em baixos valores, será remunerado. Todavia, prefere-se acreditar que isso não é um critério adotado pela maioria dos patronos, até por que uma sentença condenatória significaria uma maior remuneração e, se as partes quiserem obstar a feitura do acordo, nada poderá ser feito em sentido contrário.

Entretanto, estabelecer entendimentos jurisprudenciais que viabilizem a remuneração dos patronos por meio de honorários sucumbenciais é, certamente, uma maneira de

³⁹ (Informação verbal) Informações colhidas em entrevistas com Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, Juiz do Trabalho na Bahia com vasta experiência empírica; Professor Adjunto da UFBA em Direito e Processo do Trabalho. Doutor em Direito pela UFPR.

⁴⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998, p.130.

⁴¹ Ibid. p.134.

minorar o prejuízo sofrido pelo reclamante. Mesmo que os advogados continuem a contratar honorários baseados em porcentagem do ganho econômico obtido, ao menos esse custo não será suportado exclusivamente pelo o reclamante. Ainda, essa medida tornará o processo judicial mais caro, o que, por um lado, representará mais um empecilho ao agente racional na hora de tomar suas decisões de maximização de benefícios (isto é, antes de sonegar direitos trabalhistas) e, por outro lado, ajudará a inibir lides temerárias ou abusos no exercício do direito de ação por parte dos trabalhadores (aqueles que não possuem os requisitos de concessão do benefício de justiça gratuita).⁴²

Outro problema vivenciado pela Justiça do Trabalho são os pedidos inflacionados. A comprovação da existência desse fenômeno se dá pela probabilidade e percentagem de julgamentos com provimento parcial. Depois da conciliação, a procedência parcial dos pedidos é o que mais possui probabilidade de ocorrência, com mais de 25% dos processos, em 2012, sendo julgados nesse sentido.

Esse modo de agir pode ser justificado na medida em que no processo judicial, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público (art.2º, § 2º da Lei 8.906/94). Nessa esteira, vemos a inflação dos pedidos parte de uma lógica de reação e defesa à sistemática conciliatória posta.⁴³ É também uma tentativa racionalizada de tentar majorar os ganhos do reclamante, num quadro mercantilista já instalado da Justiça do Trabalho.

O advogado, com o fito de obter o melhor resultado possível para o seu cliente (e consequentemente para si, tendo em vista que seus honorários são calculados em razão do proveito econômico do reclamante), inflaciona a quantidade de (e dos) pedidos na inicial, pois as conciliações na Justiça do Trabalho, como dito em tópico anterior, resumem-se aos aspectos monetários da demanda. Sendo assim, ao inflacionar, intenta partir de uma proposta da parte contrária com valor maior do que se não o fizesse.

Entretanto, em relação às sentenças o efeito da “inflação” não é tão sentido assim. Como se viu, aproximadamente 25% das demandas são julgadas parcialmente procedentes – considerando conciliações, procedência total, improcedências e extinção sem análise do mérito. Se considerarmos somente as sentenças com análise de mérito esse número crescerá

⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998, p.134-135.

⁴³ Muito bem ilustrada em SETTI, P. A. A. Merecimento e eficiência: a performance de trabalhadores, advogados e juízes na Justiça do Trabalho de Campinas. 1995. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas Campinas-SP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1995. p.118 ao entrevistar advogado que patrocinava à época causa de empresas reclamadas. “A gente adota a seguinte conduta quando recebe a notificação de uma reclamação trabalhista: o pedido do reclamante vai direito para a contabilidade do escritório que faz um cálculo das verbas pedidas. Este valor é transformado em dólares. O cálculo é passado para a empresa como valor aproximado a ser pago no caso da reclamatória ser ganha pelo reclamante. A empresa pode contestar estes cálculos e fornecer novos números de previsão de gasto com a causa. Neste caso, passa a valer o número fornecido pela empresa. No caso da empresa possuir uma política que permita o acordo, o valor do acordo vai ser estipulado por estes valores. Quanto maior o desconto obtido, melhor é o acordo; No caso da empresa não possuir uma política que permita o acordo, este calculo serve para uma precisão de fluxo de caixa.”



exponencialmente. Isso quer dizer que quando os juízes analisam efetivamente o mérito da demanda, (não podemos dizer que sempre, mas globalmente) os excessos são podados.⁴⁴

2.1.1.4 O empregado reclamante

Analisam-se agora algumas perspectivas e comportamentos da última figura que nos propomos a estudar: o empregado na condição de reclamante.

Já de início destaca-se que simbolicamente o próprio processo representa algo distante da realidade de alguns reclamantes oriundos de determinadas categorias econômicas e classes sociais. A toga, a gravata, o paletó bem cortado, o gesticular, a linguagem, a pompa, a entonação da voz, a respeitabilidade encorpada pelo *data venia*, pelo entoado “Vossa Excelência”, o momento de agir etc. Numa Justiça que não se fala apenas com a língua, mas com os gestos, olhares, modos e símbolos, um processo é criado dentro do outro.⁴⁵ Juízes e advogados estão habituados a esses rituais que por vezes pode causar desconforto ao reclamante. Ao revés, toda essa simbologia se faz mais próxima do cotidiano do reclamado, afeiçoado à dinâmica e atmosfera dos escritórios executivos.⁴⁶

Em paralelo, a justiça do trabalho é notadamente a justiça dos desempregados. O trabalhador, em regra, somente recorre ao Poder Judiciário quando não tem mais nada a perder. Ou melhor, quando sua condição de vulnerabilidade não mais lhe causa temor de represálias imediatas. Desde o fim da estabilidade decenal e da indenização por antiguidade⁴⁷ as demandas no curso do contrato de trabalho normalmente são ajuizadas pelos sindicatos em substituição processual extraordinária ou em dissídios coletivos e, individualmente, os empregados somente procuram a Justiça do Trabalho após a extinção do vínculo.⁴⁸

Vimos que as demandas coletivas representam apenas 0,05% dos processos ajuizados e que a litigância na seara trabalhista é essencialmente individual. Portanto o quadro predominante é que o desempregado procure a Justiça para satisfazer os seus direitos, porque não mais corre risco de perder o emprego e de sofrer discriminações dentro do ambiente de trabalho. Esse dado demonstra também que o acesso à Justiça no curso da relação de emprego é restrito.

Desempregado, portanto, o trabalhador entra, na maior das vezes, premido pela necessidade da sobrevivência. As verbas reivindicadas no processo possuem, sabidamente, caráter alimentar. Sendo assim, os 543 dias de duração média do rito sumaríssimo, os 719

⁴⁴ FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 340.

⁴⁵ VIANA, Márcio Túlio. O segundo processo. In: Rev., TST. Brasília: Lex. Vol. 77.(abr. a jun./ 2011), p.196-206.

⁴⁶ Id. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, M. Túlio (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 256.

⁴⁷ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da Conciliação: Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. Rev. Trib. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, janeiro/junho de 2007, p.185-198

⁴⁸ ALEMÃO, Ivan. Justiça sem Mérito? Judicialização e Desjudicialização da Justiça do Trabalho. Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, novembro de 2003, ano 20, nº 239.

dias do rito ordinário, juntamente com a baixa efetividade das execuções trabalhistas se transformam em óbices e motivos de incertezas para o reclamante. A ineficiência do processo constitui, portanto, mais um fator que impele à feitura do acordo.

A conciliação certamente é o meio mais rápido para reaver direitos (parte deles) que eventualmente tenham sido sonegados ou objeto de controvérsia no curso da relação contratual. Por esse viés podemos dizer que a conciliação acaba por garantir certo nível de efetividade aos direitos trabalhistas, apesar de insatisfatório e no sentido mais rasteiro possível, se encararmos que ao invés de não receber seus créditos ou de recebê-los tardiamente, terá parte deles em um tempo razoável.

Não podemos esquecer, portanto, o contexto de coação econômica e disparidade de armas existente entre a maioria dos litigantes. Enquanto uma das partes depende do resultado da demanda para sobreviver dignamente,⁴⁹ a outra terá vantagens quanto mais lento for o transcurso processual. O ônus da espera é do trabalhador, o que coloca o seu adversário em condição de superioridade no que tange às condições de litigância.

Defrontam-se na Justiça do Trabalho partes que na maioria das vezes são profundamente desiguais do ponto de vista econômico, social e cultural.⁵⁰ Assim, a deliberada e reiterada agressão aos direitos trabalhistas, conduta adotada por parte dos reclamados, coloca o trabalhador em uma situação de subcidadania, tornando-o supersubordinado⁵¹ em relação a seu (ex-) empregador, e aprofunda ainda mais as desigualdades materiais já existentes entre os litigantes.

Ainda, a complexidade da legislação trabalhista não pode ser apontada como a principal causa do seu descumprimento, haja vista que os reclamados infringem as normas mais básicas e os pleitos na Justiça do Trabalho versam majoritariamente sobre matérias elementares⁵² (hora extra, verbas rescisórias, liberação das guias de seguro desemprego, anotações na carteira de trabalho etc). Contudo, por mais básicas que possam parecer (e justamente por serem tão básicas) são essas regras que conferem constitucionalidade a todo o sistema jurídico brasileiro.⁵³

3 Considerações finais

Ao investigar o perfil da demanda trabalhista e das partes que a compõe, viu-se que os feitos são essencialmente individuais; que o número de demandas ajuizadas é crescente; que o ritmo de julgamento é intenso e que parte disso deve ser atribuído ao manejo

⁴⁹ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da Conciliação: Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. *Rev. Trib. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.45, n.75, janeiro/junho de 2007, p.185-198.

⁵⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. A Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: Aspectos de Direito Comparado e o novo papel do Juiz. *Revista LTr*, São Paulo, v.65, nº2, Fevereiro 2001, p.151-162.

⁵¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.48, n.78, p.157-193, jul./dez.2008

⁵² FILGUEIRAS, V. A. Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012. p. 184.

⁵³ CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil. São Paulo: LTr, 2003. p. 242.



da conciliação; que a minoria das execuções logra êxito, mas que ainda assim há uma distância muito grande entre o que é pago aos reclamantes por meio de execução, comparando-se ao montante que tem origem em conciliações. Desde 2002, em termos globais, o primeiro é muito maior que o segundo.

Alguns comportamentos e perspectivas dos sujeitos processuais foram analisados. Viu-se que ambas as partes litigantes, em especial os reclamados, agem racionalmente dentro do processo, adotando uma conduta de maximização dos benefícios. Até alguns juízes procuram maximizar os seus “benefícios” com a utilização do instituto da conciliação, e que, também por isso, na escala industrial e no modo que se apresenta, a conciliação figura como uma alternativa ao processo e ao cumprimento de normas trabalhistas.

Ademais, percebeu-se que o ônus da espera no processo judicial é do reclamante, o que confere ao seu adversário condição de superioridade no que tange às condições de litigância, e que a deliberada e reiterada agressão aos direitos trabalhistas, conduta adotada por parte dos reclamados, coloca o trabalhador em uma situação de subcidadania, tornando-o supersubordinado em relação a seu (ex-) empregador, aprofundando ainda mais as desigualdades materiais já existentes entre os litigantes.

Assim, diagnostica-se um quadro onde a conciliação acentua os índices de eficiência da Justiça do Trabalho, mas é insuficiente no que tange à concretização do direito material, atuando também como agente de flexibilização das normas trabalhistas.

Referências

ALEMÃO, Ivan. Justiça sem Mérito? **Judicialização e Desjudicialização da Justiça do Trabalho**. Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, novembro de 2003, ano 20, nº 239.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil**. São Paulo: LTr, 2003.

COULON, Fabiano Koff, **Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito**. In: Luciano Benetti Timm (Org.). Direito e Economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175-191.

FILGUEIRAS, V. A. **Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008**. 2012. 481 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2012.

FILHO, Wilson Ramos. **A conciliação como obsessão no capitalismo descomplexado**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.) Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p.69-95.

GALANTER. **Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal changes**. Law and Society Review, v.9, 1974, p. 95, apud CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.

GIGLIO, Wagner Drdla. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MEIRELES, Edilton Leonardo Dias. **Primeiras Linhas de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

MACHADO, Alberto de Paula. Extinção do Processo por acordo: vontade das partes ou necessidade do judiciário? In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Org.) *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013, p.47-54.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.48, n.78, p.157-193, jul./dez.2008.

_____. **Direito processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral**. São Paulo: LTr, 1998.

NASSIE, Eliane Noronha. **Conciliação Judicial e indisponibilidade: Paradoxos da justiça menor no processo civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: Aspectos de Direito Comparado e o novo papel do Juiz**. Revista LTr, São Paulo, v.65, nº2, Fevereiro 2001, p.151-162.

POSNER, Richard. **Economic analysis of Law**. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003 apud COULON, Fabiano Koff, Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175-191.

SENA, Adriana Goulart de. **Conciliação Judicial: Solução de Litígios na Área Trabalhista**, Estado de Minas, Belo Horizonte: 2007.

SETTI, P. A. A. **Merecimento e eficiência: a performance de trabalhadores, advogados e juizes na Justiça do Trabalho de Campinas**. 1995. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas Campinas-SP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1995.

SOARES, José Luiz; ALEMÃO, Ivan. **Conciliar é “Legal”? Uma análise crítica da aplicação da conciliação na Justiça do Trabalho**. Revista Justiça do Trabalho, ano 26, n.306, 2009.

TST. Estatísticas. Disponível em:<www.tst.jus.br/estatistica>. Acessado em 01 mai. 2014.

VIANA, Márcio Túlio. **O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham**. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, M. Túlio (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **O segundo processo**. In: Rev., TST. Brasília: Lex. Vol. 77.(abr. a jun./ 2011), p.196-206.

_____. **Os paradoxos da Conciliação: Quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real**. Rev. Trib. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, janeiro/junho de 2007, p.185-198



A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Justiça do Trabalho. A Evolução do Entendimento do Tribunal Superior Trabalhista

Ronaldo Nunes Ferreira¹

Resumo: O tratamento da questão envolvendo a responsabilidade subsidiária da administração pública terá abordagem histórica, levando em conta a evolução da jurisprudência a respeito do tema. Abordará também aspectos doutrinários mais abalizados acerca da questão. A pesquisa objetiva traçar um panorama evolutivo da posição do Tribunal Superior do Trabalho em relação à temática, apontando algumas controvérsias recorrentes levadas ao Judiciário Trabalhista.
Palavras-chave: Responsabilidade subsidiária. Administração Pública. Peculiaridades.

Abstract: The treatment of the issue involving the subsidiary liability of public administration have historical approach, taking into account developments in the case law on the subject. Also address doctrinal aspects more authoritative on the matter. The research aims to draw a picture of the evolutionary position of the Superior Labour Court in relation to the topic, pointing out some recurring controversies brought to the Labour Judiciary.
Keywords: Secondary Liability. Public Administration. Peculiarities.

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno da terceirização. 2. A evolução legislativa e a formação da Súmula 331 do TST. 3. A lei nº 8666/93 e a responsabilidade subsidiária da administração pública 4. A decisão da ADC 16/2010 do STF e sua importância para o tema 5 As alterações da Súmula 331 e sua nova estrutura. 6. O dono de obra. 7. Conclusão. 8. Referências.

Introdução

O trabalho tem por escopo analisar as questões envolvendo a responsabilização subsidiária do Poder Público, na condição de tomador dos serviços. Para tanto, será feita abordagem traçando um panorama da evolução jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da temática e os efeitos dessas mudanças.

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Assessor da Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador/BA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência (JUSPODIVM).

1. O Fenômeno Da Terceirização

A globalização da economia derrubou barreiras entre os mercados internos das nações mundiais, determinando uma maior fragilidade no mercado interno. A acirrada competitividade trouxe a necessidade de reformular a produção, especialmente focando na racionalização dos custos de produção.

Conforme leciona Sussekind (p. 227, 2010), o fenômeno da globalização da economia foi indutor da transformação da estrutura do mercado, tendo como efeito a busca da flexibilização dos direitos trabalhistas visando redução de custos.

Nessa nova ordem, o fenômeno da terceirização surgiu da necessidade de reformulação da interação entre os fatores de produção, traduzido, em última instância, pela flexibilização de direitos trabalhistas. O foco era o aumento de produtividade, visando garantir maior competitividade no mercado interno, antes imune às injunções internacionais.

Trata-se de fenômeno recente. A terceirização teve fraca referência na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 455, que trata da empreitada e subempreitada, mas ganhou destaque na década de 60 e 70, com o Decreto nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70, diplomas que tratam especificamente do setor público.

Essa prática de caráter empresarial, desenvolvida e tratada pela ciência econômica e Administração de Empresas, teve afetação à seara do direito laboral.

Com efeito, a redução de custo, ao demandar a flexibilização dos direitos trabalhistas, gerou perplexidade por conta dessa nova configuração, uma vez que a terceirização se traduz em uma nova forma de interação entre empregados e empregadores, diversa da relação bilateral clássica.

Quanto à nomenclatura, a terceirização é também conhecida como subcontratação, filialização, parceria, entre outros termos doutrinários.

Para Godinho (p. 428), a expressão terceirização trata-se de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário e interveniente.

Arion Sayão Romita (p. 479 – Vólia Bomfim) explica que a expressão terceirização está relacionada ao setor terciário, ligada essencialmente aos serviços.

Quanto ao conceito do termo, Godinho sustenta que é “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. E acrescenta que a terceirização teria uma configuração trilateral, formada pelo trabalhador que presta o serviço, a empresa terceirizante que contrata o obreiro e a empresa tomadora dos serviços, que se beneficia do labor prestado, tudo circundado pelo mercado capitalista.



Vólia Bomfim (2013, p. 480) dissecou o conceito, definindo como relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador da mão de obra e beneficiário dos serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o empregador formal.

Justamente por se tratar de relação trilateral, afasta-se do modelo tradicional bilateral de relação empregatícia, delineado pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em função desse novo desenho, o instituto vai ser tratado com reservas e analisado sob o crivo da excepcionalidade. Nesse norte, Godinho adverte que o fenômeno “traz desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo da história”. (p. 428, Godinho)

Numa visão didática, a clássica relação de emprego era formada entre trabalhador e empregador, amparado pelo contrato de trabalho típico do artigo 442 celetista.

A terceirização, diversamente, vai esboçar uma relação trilateral, em que o trabalhador tem relação empregatícia com a empresa prestadora dos serviços, baseado em um contrato de trabalho do artigo 442 da CLT, Ao lado disso, umbilicalmente ligado está uma outra relação contratual entre a empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora dos serviços, amparada em um contrato de natureza civil ou comercial.

Em sendo o tomador de serviços ente da Administração Pública, a relação será regida por um contrato administrativo entre tomador dos serviços e prestador dos serviços, baseado na Lei nº 8666/93, a lei de licitações.

Nessa nova configuração, em regra, não há vínculo de emprego entre o obreiro e a tomadora dos serviços, ou seja, a tomadora que se beneficia dos trabalhos prestados não tem vínculo algum com o empregado.

Feitas essas considerações iniciais, faz-se mister analisar a jurisprudência do TST e o modo como a Corte Superior Trabalhista enfrentou esse novo instituto, na seara laboral.

2. A Evolução Legislativa E A Formação Da Súmula 331 Do Tst

Já foi dito que o fenômeno da terceirização é instituto recente na legislação pátria, que teve parca referência na CLT, em seu artigo 455 e 652, “a”, III, dispositivos que tratam da empreitada e subempreitada.

No âmbito da administração pública surgiram na década de 60 e 70 o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70.

O Decreto-Lei nº 200/67 veio autorizar a Administração Pública a terceirizar atividades de apoio, e normatizar a forma da prestação desses serviços terceirizados.

Dispôs o Decreto-Lei nº 200/67, em seu artigo 10, caput, que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”.

Na análise do § 7º do art. 10 do Decreto-Lei, constata-se que a autorização para a terceirização estava restrita às atividades de apoio, de caráter instrumental, não abarcando as atividades finalísticas da administração pública. Com essa nova configuração, a administração pública poderia transferir as atividades periféricas, instrumentais, dedicando esforços àquelas atividades finalísticas, típicas do Estado. Segue o dispositivo citado:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A lei nº 5.645/70, em apoio ao Decreto-Lei nº 200/67, trouxe elenco exemplificativo das atividades possíveis de terceirização. Dentre essas atividades encontram-se aquelas relacionadas a atividades de transporte, conservação e limpeza, operação de elevadores, entre outras. Conforme explicitado, são tarefas de apoio, de caráter instrumental.

Não houve autorização legal para terceirização de atividades finalísticas do Estado.

Mais tarde surgiram as Leis nº 6019/74 e nº 7102/83, que passaram a regular a terceirização no mercado privado. A Lei nº 6019/74 trata do trabalho temporário e a Lei nº 7.102/83, do trabalho de vigilância bancária. Importa registrar que a Lei nº 8863/94 ampliou o alcance da Lei nº 7.102/83, permitindo a terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, na área pública e privada.

Mais uma vez se observa que os diplomas citados, que regularam a terceirização no âmbito privado, possuem um caráter restritivo, na medida em que somente autorizaram a terceirização de atividades de apoio.

Ainda importa registrar a Lei nº 8.949/94 que acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT, inserindo nova hipótese de terceirização.

Constou no parágrafo único do art. 442 da CLT que:

Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Godinho (p. 434, Curso de Direito do Trabalho) ainda se refere à Lei nº 8.036/90 (Lei do FGTS), que segundo o autor, tentou reunir na mesma fórmula conceitual a relação típica bilateral empregador e empregador e a relação trilateral moderna, trazida pela terceirização.



Vólia Bomfim (p. 491, Direito do Trabalho) também indica que a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 31, trouxe referências importantes ao novo instituto flexibilizador.

De toda forma, advirta-se que a despeito do surgimento do fenômeno da terceirização no Brasil, em nenhuma hipótese houve autorização legal para terceirizar as atividades empresariais e estatais de caráter finalístico. Todas as leis relacionadas tinham caráter restritivo quanto a esse aspecto. Não havia possibilidade de terceirização das atividades-fim da empresa tomadora dos serviços.

Não obstante o caráter restritivo das normas terceirizantes, a doutrina de Godinho (p. 432, Curso de Direito do Trabalho) narra que o processo se acentuou no seguimento privado em proporções superiores às hipóteses permitidas na lei.

Tal amplitude ganhou também o setor público, o que obrigou a jurisprudência trabalhista a assumir postura interpretativa voltada a solucionar as lacunas existentes nos diplomas legais respectivos e tentar equacionar as questões envolvendo esse fenômeno sociotrabalhista.

Na década de 80, precisamente em 1986, na tentativa de barrar a evolução fraudulenta do fenômeno da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256, imprimindo caráter regulamentar restritivo ao instituto. O verbete sumulado enunciava:

Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Vê-se que a jurisprudência sumulada trouxe as referências normativas das Leis 6.019/74 e Lei 7.102/83, em claro intuito de reforçar a posição limitativa das formas de terceirização, em contraponto ao agigantamento do fenômeno sócio jurídico da terceirização fraudulenta experimentado na sociedade.

Nessa linha, a regra encampada pelo TST era que, excetuando as terceirizações de atividades de apoio, nos demais casos haveria formação de vínculo, diretamente com o tomador dos serviços.

Pouco depois surgiu a Constituição Federal de 88, que em seu artigo 37, inciso II, vedou expressamente o reconhecimento de vínculo de emprego com a administração pública sem a prévia aprovação em concurso público.

Constou no referido inciso que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (...)”.

É de se notar que a Súmula 256 do TST restou enfraquecida com essa nova disciplina constitucional, uma vez que a parte final do verbete, que trata de configurar o vínculo de emprego, em caso de fraude na terceirização, passaria a regular apenas as atividades do setor privado, não se destinando ao setor público.

Ao lado disso, a referida súmula editada pelo TST trazia sérios óbices ao cumprimento das determinações previstas no art.10 do Decreto-Lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70.

Essa evidente incongruência do enunciado da Súmula 256 do TST e as questões judiciais geradas em seu derredor, bem como as pressões de mercado a exigir mudanças, levou a Corte Superior Trabalhista a revisar a Súmula 256, em 1993, ocasião em que foi cancelada, dando lugar à edição da Súmula 331 do TST.

Sob esse influxo do mercado interno, da globalização e da acirrada competitividade, que exigia racionalização de custos, a nova Súmula ampliou as hipóteses de terceirização para incluir as atividades de conservação, limpeza e outras atividades de apoio.

A Súmula 331 do TST foi editada inicialmente com 4 (quatro) incisos. Comparando os ditames da nova Súmula com a antiga Súmula 256, colhem-se importantes alterações.

Primeiramente, a Súmula 256 trazia hipóteses restritas de terceirização e regra de reconhecimento de vínculo de emprego no caso de terceirização fora das hipóteses previstas.

A Súmula 331 do TST traz ressalva de inexistência de pessoalidade e subordinação direta com o tomador dos serviços, sendo a regra a inexistência de vínculo empregatício entre tomador dos serviços e trabalhador.

As hipóteses de terceirização previstas no Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5645/70 foram confirmadas na Súmula.

Também está refletida na Súmula a regra constitucional de vedação de contratação de pessoal, pela administração pública, sem a prévia aprovação em concurso público. Outra inovação foi a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador de serviços, do setor privado, pelas obrigações trabalhistas.

No ano de 2000, a Súmula sofreu alteração em seu inciso IV, para reconhecer a responsabilidade subsidiária, pelas obrigações trabalhistas, também da administração pública. Destaque-se que o inciso IV trouxe responsabilidade subsidiária do ente público, na modalidade objetiva, uma vez que ali não constava qualquer referência à necessidade de se perquirir acerca da culpa, como elemento determinante para a imputação.

A Súmula 331, que teve vigência até meados de 2011, enunciava:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).



III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Como dito, a nova Súmula trouxe importantes modificações na regulamentação do fenômeno da terceirização. Godinho (p. 438, Curso de Direito do Trabalho) elege três importantes lições advindas da redação dessa jurisprudência, a saber: a referência à distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços, distinção essa que será critério de aferição da licitude ou ilicitude da terceirização; o contraponto entre terceirização lícita e terceirização ilícita; por fim, a explicitação da natureza e extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas.

Importante pontuar, desde já, que a nova redação do inciso IV da Súmula 331, atribuída em 2000, foi e tem sido causa de recorrentes e acirradas demandas judiciais envolvendo o ente público na atuação como tomador de serviços e sua responsabilização subsidiária.

A título de conclusão, visualiza-se que a Súmula 331 do TST foi fruto da interpretação sistemática de diversos dispositivos que regulam a matéria pertinente à terceirização. Entre elas a Constituição Federal de 88, art. 37, inciso II, o Decreto-Lei 200/67, art. 10, § 7º, e a Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único. Acresça ainda as disposições das Leis nº 6019/74, Lei nº 7102/83 e Lei nº 8.666/1993, art. 71.

3. A Lei Nº 8.666/93 E A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública.

Conforme anunciado anteriormente, a nova redação do inciso IV da Súmula 331 gerou acirradas disputas judiciais envolvendo a terceirização de serviços em que o ente público tenha atuado na condição de tomador dos serviços, e, esteja sendo discutida sua responsabilidade subsidiária.

O protagonista dessa celeuma é o artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93, que enuncia:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu

pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Essa regra constante do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação conferida pela Lei nº 9.032/95, regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Por oportuno, observe-se o que define o inciso XXI, do art. 37 da Carta da República:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

O embate judicial se firmou entre o referido dispositivo da Lei de Licitações, art. 71, §1º e o inciso IV da Súmula 331 do TST.

Essa celeuma ganhou proporções gigantescas no judiciário, desde a edição dessa Súmula, especialmente porque é prática usual da administração pública a terceirização de atividades de apoio, atuando como tomadora dos serviços. Aliado a isso, as demandas judiciais se avolumaram exponencialmente em função da quantidade de Estados-membros e Municípios que adotam essa nova forma de contratação triangular.

O fato é que as duas posições, reclamante e tomador dos serviços, se digladiam em torno dessas incongruências, sejam elas aparentes ou reais. Isso porque parece inconciliável o dispositivo da Lei de Licitações, que exonera o tomador dos serviços, ente público, dos encargos trabalhistas, e o inciso IV da Súmula 331 que respalda a condenação deste mesmo ente público, quando da inadimplência do prestador dos serviços, empregador direto do trabalhador.

O trabalhador, numa relação de terceirização, visando garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas, busca impingir a condenação da prestadora dos serviços, pugnan-do pelo reconhecimento do vínculo empregatício, e, ainda a condenação subsidiária da tomadora dos serviços, com respaldo na Súmula 331, IV do TST.

Em posição diametralmente oposta, a demandada tomadora dos serviços, ente público, busca afastar a sua responsabilidade subsidiária, ao argumento de que o art. 71, §1º da Lei 8666/93 seria óbice à condenação.

A empresa tomadora dos serviços sustenta que uma vez observado o procedimento licitatório específico, aferidos teriam sido as idoneidades técnicas, administrativa, econômica e financeira da empresa prestadora dos serviços.



Outro argumento utilizado é que competiria à administração pública fiscalizar o objeto do contrato, no que diz respeito à continuidade do serviço público, não podendo, de outro modo, imiscuir-se na estrutura da empresa particular contratada.

Cite-se uma ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, do ano de 2004, em que o ente público tomador dos serviços foi condenado com amparo no inciso IV da referida Súmula:

Ementa: AUTARQUIA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - A responsabilidade subsidiária do Ente Público, inclusive das autarquias federais, decorre do dever de efetiva e constante fiscalização de todos os liames que envolvem o objeto do contrato, donde se insere a observância do correto adimplemento das obrigações daquela para com os efetivos prestadores do serviço contratado, o que, em termos jurídicos, é conhecido como culpa in eligendo e culpa in vigilando. Aplicável o entendimento consubstanciado no Enunciado de Súmula 331, IV do c.TST.

Processo 0123000-49.2002.5.05.0019 RO, ac. nº 006880/2004, Relatora Desembargadora GRAÇA LARANJEIRA, 2ª. TURMA, DJ 16/04/2004.

Noutro sentido, isentando o ente público, tomador dos serviços, a seguinte ementa do TRT da 5ª Região:

Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - descabe o reconhecimento quando observada as exigências da Lei 8.666/93, especialmente o art. 71, que disciplina o procedimento das licitações públicas. Processo 0077900-62.2007.5.05.0612 RO, ac nº 009219/2008, Relatora Desembargadora YARA TRINDADE, 3ª Turma, DJ 16/05/2008.

Argumento corriqueiro nas demandas judiciais em condenação subsidiária é que essa responsabilização subsidiária da administração pública, pela Turma de Tribunal, importaria em violação à cláusula de reserva de plenário, na medida em que a decisão deixaria de observar a norma do dispositivo do art. 71 da Lei 8666/93. Ao afastar a aplicação do art 71 da Lei nº 8666/93 ao caso, estaria configurada a violação à cláusula de reserva de plenário e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF.

A Súmula Vinculante nº 10 enuncia:

Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Esses aspectos apontados são exemplos que demonstram que as questões envolvendo a responsabilização subsidiária da administração pública se avolumavam no judiciário e a insegurança jurídica era cada vez mais presente nas lides dessa natureza. Era preciso pacificar a situação que abarrotava os Tribunais Trabalhistas.

4. A decisão da adc nº 16/2010 do STF e sua importância para o tema.

Nesse contexto de insegurança jurídica e de acirrados debates, o Supremo Tribunal Federal se viu instado a enfrentar a questão envolvendo a responsabilidade subsidiária da administração pública e suas nuances.

Com efeito, o Governador do Distrito Federal ajuizou ação direta de constitucionalidade em face da Súmula nº 331 do TST, visando a declaração de constitucionalidade do dispositivo do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

O enfrentamento se deu no bojo da Ação Direta de Constitucionalidade – ADC nº 16, de 2010, oportunidade em que a Corte Suprema declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993, que fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada.

Esclareceu que consta no § 6º do art. 37 da Constituição Federal que: As pessoas jurídicas de direito público “(...)responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)” sendo que os gestores das empresas terceirizadas, evidentemente, não são agentes públicos. Trata-se, aí, exclusivamente, de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual do Estado, que não se comunica à responsabilidade contratual, oriunda do negócio jurídico celebrado com a terceirizada, e, por conseguinte, com as dívidas trabalhistas desta.

Noutros termos, o Supremo deixou claro que o administrador público não é objetivamente responsável pela mera inadimplência das dívidas trabalhistas contraídas pela empresa que contratou para lhe prestar serviços. A Corte Suprema entendeu que o art. 37, § 6º, da CF não abriga a teoria do risco administrativo em matéria contratual, apenas a patrimonial ou extracontratual.

No referido julgado ainda, o Supremo Tribunal Federal não adotou a tese de imunidade absoluta da administração pública, quanto às dívidas trabalhistas das terceirizadas. Ao revés, deixou patente que é preciso seja demonstrado, no caso concreto, a sua culpa in eligendo ou in vigilando. Assim restou a ementa:

Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...]. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666, de 26-6-1993, com a redação dada pela Lei 9.032, de



1995. (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 24-11-2010, Plenário, DJE de 9-9-2011.).

Esta decisão do STF, por sua vez, levou o TST a redigir a Resolução nº 174/2011 (DEJT de 27.05.2011), reformulando a Súmula 331, ou seja, deu nova redação ao seu item IV e ainda inseriu os itens V e VI, adotando, expressamente, a concepção da responsabilidade subjetiva da Administração Pública in verbis:

(...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

A propósito do julgamento da referida ADC, consta no informativo nº 160 do STF, referente ao período de 22 a 26 de novembro de 2010:

(...) entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Assim, extrai-se da nova estrutura do verbete, entendimento pela possibilidade de responsabilização subsidiária do Ente Público quando evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços, mesmo que atendidas as exigências da Lei nº 8.666/93 quando da sua contratação.

Assim, não há mais que se falar em reponsabilidade objetiva da administração pública. A nova jurisprudência orienta que a imputação subsidiária do ente da administração pública deve ser apurada sob o regime da reponsabilidade subjetiva, investindo na apuração da culpa, especialmente a culpa na modalidade in vigilando.

Desse modo, havendo regularidade da licitação na contratação da empresa prestadora, fica afastada a culpa in eligendo do ente, mas permanece a possibilidade de aferição da sua culpa in vigilando.

A par dessa nova posição, há que se analisar concretamente a verificação da existência de culpa in vigilando na prática da terceirização.

O entendimento predominante, após julgamento da ação direta de constitucionalidade nº 16/2010, tem sido assim retratado pela SDI-1 do TST:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO DA ADC 16/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embora não caracterizadas as hipóteses dos arts. 535 e 897-A da CLT, dá-se provimento aos embargos declaratórios apenas para esclarecer que, apesar do reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16, julgada em 24/11/2010), não foi afastada, in totum, a responsabilidade dos entes estatais, tomadores de serviços, pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a responsabilidade objetiva da Administração Pública pelo simples inadimplemento das empresas contratantes, com base na culpa in eligendo. Em consequência, subsiste a responsabilidade civil do Estado quando, no caso concreto, verificada a culpa in vigilando do tomador de serviços, sob pena de se adotar, via transversa, a teoria de irresponsabilidade total do Estado, o que modernamente poderia ser tido como um retrocesso. Embargos de declaração providos apenas para prestar esclarecimentos, sem imprimir efeito modificativo ao julgado. (Processo: ED-E-RR - 150400-32.2006.5.17.0191 Data de Julgamento: 29/03/2012, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/04/2012.)

No Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, a despeito de posições minoritárias divergentes, também predomina essa posição in verbis:

Ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Nos termos da Súmula 331, incisos IV e V, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, inclusive quanto aos entes da Administração Pública direta, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, quando evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. (Processo 0001056-47.2012.5.05.0531 Rec Ord ac. 193978/2014, Relator Desembargador ALCIMO FELIZOLA, 4ª TURMA, DJ 07/05/2014)



Assim, de relevante deve-se observar que a possibilidade de responsabilidade subsidiária do ente público, sob o regime da responsabilidade objetiva, baseado na teoria do risco administrativo, passou-se ao regime de responsabilidade subjetiva, em que deve ser apurada a existência da culpa.

5.As alterações da súmula 331 do TST e sua nova estrutura

A decisão da ADC 16/2010 do STF, com sua eficácia erga omnes e seu efeito vinculante, alterou profundamente o entendimento até então adotado pelo TST, a respeito do tema.

Se antes os magistrados trabalhistas responsabilizavam subsidiariamente o ente público, de forma automática, sob um regime de responsabilidade objetiva, com base no inciso IV da referida Súmula, a partir da decisão do STF não mais havia espaço para essa postura.

Nessa nova ordem, o julgador passou a analisar concretamente o caso concreto a fim de perquirir acerca da existência de culpa, especialmente na modalidade in vigilando. A responsabilidade deve ser vista sob o regime da responsabilidade subjetiva.

A primeira alteração da estrutura da Súmula diz respeito à retirada do inciso IV da expressão que fazia menção aos entes públicos, de modo que esse inciso não mais serve de arrimo à condenação do poder público. Assim enunciou:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A segunda alteração reflete o cerne da questão definida pelo STF no bojo da decisão da ADC 16/2010. Esse inciso define que a administração pública somente responderá subsidiariamente se constada a sua culpa. Esse entendimento trazido pelo STF e adotado pelo TST ainda é motivo de sérias controvérsias. Constatou-se da nova redação:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Finalmente, houve introdução do inciso VI que, de ordinário, veio para pacificar a celeuma envolvendo o alcance da condenação subsidiária. É que até então havia dúvidas

acerca de quais as verbas trabalhistas seriam subsidiariamente transferidas ao tomador dos serviços.

Havia questionamentos quanto à condenação em relação às verbas de caráter punitivo, a exemplo do art. 477 da CLT, bem como em relação aos tributos.

O TST buscou pacificar a questão, de modo que atualmente prevalece entendimento de que o condenado subsidiariamente responde por todas as verbas deferidas ao reclamante, exceto aquelas de caráter personalíssimo, a exemplo da retificação da CTPS. A redação está assim:

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Essa nova estrutura da Súmula 331 do TST, ao que tudo indica, representa a postura adotada pelo TST. Houve mudança substancial na temática, por óbvio, desfavorável ao trabalhador, que fica exposto a toda sorte de injunções, a depender sempre da conduta proba do ente público, da solvência e da boa-fé da prestadora dos serviços.

6. O Dono de obra

No ano de 2000 e com alterações em 2011, o TST editou a Orientação jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do TST, que mitiga o rigor da Súmula 331 do TST. A referida Orientação trata de excepcionar o dono de obra da responsabilização.

O dono de obra é o proprietário do terreno ou da construção. O que definirá a sua responsabilidade subsidiária é a exploração ou não de atividade de construção civil como atividade econômica. Caso o dono de obra não exerça profissionalmente a atividade econômica de construção civil, estará imune à responsabilização solidária ou subsidiária.

Na hipótese, apenas o empreiteiro deverá ser responsabilizado pelas obrigações trabalhistas devidas ao empregado.

A referida Orientação enuncia:

191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.



Conforme adverte Vólia (2013, p. 496), aquelas pessoas físicas ou jurídicas que constroem suas casas ou outro tipo de obra para uso próprio não respondem subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas. Por outro lado, se o fizerem com a finalidade de lucro, serão considerados empregadores para fins de responsabilização subsidiária juntamente com o subempreiteiro.

7. Conclusão

O presente trabalho de pesquisa não tem a pretensão de esgotar o assunto. De igual sorte, não há o ânimo de atribuir conclusão à questão envolvendo a celeuma em derredor da possibilidade de responsabilização da administração pública.

O artigo traçou um panorama acerca da questão envolvendo o ente público e sua atuação como tomador dos serviços, notadamente em relação à evolução jurisprudencial da temática no âmbito do TST.

Diante da nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho, somente se pode responsabilizar a Administração Pública nos casos em que o trabalhador comprovar, de maneira cabal, a ocorrência de sua culpa in eligendo e/ou in vigilando. Afinal, os atos administrativos são dotados de presunção de veracidade e legitimidade.

Agiu bem o STF, no julgamento da ADC nº 16, ao rechaçar a tese de irresponsabilidade na gestão da Administração Pública.

A tese da irresponsabilidade na gestão administrativa, fiscal, trabalhista não se apruma, nem se sustenta, diante do arcabouço jurídico-legal que norteia a questão.

Destaque-se nesse sentido a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que trata da gestão fiscal responsável e elenca posturas a serem adotadas pelo administrador para prevenir e corrigir situações definidas em Lei como gestões temerárias, além de garantir a sanção adequada em cada caso. Cite-se ainda os aspectos pedagógicos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92).

A respeito desse diploma legal, (Souza, 2014) destaca:

A responsabilidade por improbidade vem ensejando uma mudança diuturna: do agente público, na administração da coisa pública, do Povo, no controle dos agentes, do Estado, no zelo com seu patrimônio e do Ministério Público, na fiscalização das condutas.

O administrador público não está isento de responsabilidade na gestão contratual. Ao contrário da corrente minoritária que defende a irresponsabilidade da administração pública, nessa hipótese, não há imunidade à responsabilidade trabalhista subsidiária para

com os empregados da prestadora de serviços que contrata, uma vez que o art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 não colide com as disposições da Súmula 331 do TST.

Isso porque, ainda que se possa isentar o ente público da culpa in eligendo, face ao procedimento licitatório a que se submete na terceirização dos serviços, não há como isentá-lo da culpa in vigilando, de seu dever de fiscalizar o contrato celebrado com a prestadora dos serviços, notadamente em relação à idoneidade financeira, trabalhista e fiscal.

De fato, ao transferir determinada atividade para uma pessoa jurídica de direito privado, o poder público o faz mediante procedimento licitatório, de acordo com regras e padrões legais dos quais não pode se desviar, estando, neste ponto, afastada a discricionariedade da Administração Pública.

No entanto, permanece a culpa in vigilando, que decorre da indevida fiscalização e acompanhamento dos serviços contratados, já que lhe cabe exercer o controle do cumprimento das obrigações daquele que contrata.

Destaque-se que esse controle não se trata de mera faculdade da administração, mas, de poder-dever, ou dever-poder, como obrigação a ser efetivamente cumprida.

Com efeito, a Lei nº 8.666/93 exige a fiscalização da contratada em relação a fatos relativos à sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da CF (art. 27, I a V), e sobre o objeto do contrato quanto à forma e prazo especificados (art. 66). Ademais, é de observar os ditames do art. 58 e 67, desse diploma legal, que obrigam o ente público a exercer a fiscalização dos contratos celebrados.

É evidente que a fiscalização dos contratos terceirizados evita maiores prejuízos, já que precocemente detecta falhas, previne desvios e evita-se insolvências que possam prejudicar a regularidade da empresa e a manutenção dos salários em ordem, além de um passivo trabalhista enorme para o tomador de serviços.

No aspecto processual, cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, inc. I), de forma que se deveria, ao menos, demonstrar a existência de uma omissão específica do Estado para fins de atrair a hipótese de responsabilização civil pretendida.

Não cabe aqui questionar se a postura adotada pelo STF e TST é correta ou não, mas apenas advertir que essa nova posição representa um aspecto importante para a sedimentação da proteção ao trabalhador.

Ao pontificar pela responsabilidade subjetiva, o trabalhador perde em garantias, pois de agora em diante deverá exercer esforço ímpar no sentido de demonstrar a conduta culposa do ente tomador dos serviços para ver seus créditos alimentares satisfeitos.

No entanto, ao menos fica afastada a tese de irresponsabilidade absoluta, defendida por grande parte dos operadores do direito.



Por fim, advirta-se que na lide dessa natureza, o trabalhador enfrentará poderosas forças contrárias para garantir seu crédito alimentar. Melhor seria se o Poder Público, a partir dessa nova decisão do STF, adotasse postura condizente com os ditames da Lei nº 8666/93, no sentido de exercer uma fiscalização do contrato de maneira preventiva e eficaz, a fim de evitar contratação de empresas prestadoras de serviços insolventes ou sem lastro financeiro bastante para cumprir o mister a que se propõem.

8. Referências

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 8. ed .rev e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais Teoria geral dos recursos**. 5. ed. Ver ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Fábio Torres de. **Improbidade administrativa: 21 anos da Lei 8.429/92**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3976, 21 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28695>>. Acesso em: 12 set. 2014.s.com.br/artigos/28695>. Acesso em: 12 set. 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed.rev.e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

O Devido Processo Legal Como Solução Para A Motivação Na Despedida

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

Resumo: Este trabalho analisa como o devido processo legal, por ser direito laboral inespecífico, pode invadir a relação privada de emprego, fornecendo mais uma possibilidade interpretativa para a aplicação imediata da proteção em face da despedida arbitrária, impedindo que o empregador resolva o contrato sem qualquer motivação.

Palavras-Chave: Devido processo legal – direitos laborais inespecíficos – Direitos Fundamentais na relação de emprego.

Sumário: 1. Introdução – 2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego – 3. O direito à informação e devido processo legal como direitos laborais inespecíficos – 3.1. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil – 3.1.1 Entidades associativas e sociedades – 3.1.2 Relações condominiais – 3.1.3 O dever de motivação na ação de despejo – 4. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego – 5. Consequências da despedida sem motivação – 6. Conclusão – 7. Referências.

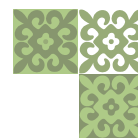
1. Introdução

Passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda é lamentável que alguns dos Direitos Fundamentais Sociais ainda pendam de “regulamentação” pelo Poder Legislativo. A solução para a inércia legislativa pode e deve passar pela nova missão que se apresenta ao Poder Judiciário, vez que vinculado objetivamente ao Texto Constitucional, em um contexto pós-positivista.

O artigo 7º, I do Texto Constitucional é um dos dispositivos mais debatidos desde a formação da Assembleia Nacional Constituinte, que ofertou a redação tal como se vê no rol dos Direitos Fundamentais trabalhistas. A inércia do Estado-Legislador é evidente e as soluções para esse hiato são várias, a exemplo da interpretação pela autoexecutoriedade da primeira parte do referido dispositivo constitucional, que, na verdade, é direito de liberdade e não prestacional; ou, até, a exegese segundo a qual despedir de forma vazia o empregado é ato antijurídico, pois assim já restou disposto pela Constituição.

O presente trabalho, sem desprezar as soluções exemplificadas, intenta apresentar mais uma via de possibilidade para a aplicação da regra da proibição ao arbítrio: o devido processo legal aplicado à relação privada de emprego, já que o trabalhador é um cidadão e esse direito laboral inespecífico lhe é aplicável.

¹ Juíza do Trabalho do TRT5. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar; Integrante do Conselho Consultivo da Escola Judicial.



2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego

Embora o artigo 5º, § 1º do Texto Constitucional não discrepe em relação à eficácia dos Direitos Fundamentais – se o destinatário pode ser o particular ou não –, assegurando que todos eles, sejam defensivos ou prestacionais, de liberdade ou sociais, possuem aplicação imediata, ainda se discute demasiadamente sobre o alcance do indigitado regramento. A doutrina e jurisprudência trabalhistas ainda não possuem um bom desenvolvimento sistemático acerca da aplicação dos Direitos Fundamentais na relação privada de emprego, embora muito se decida no cotidiano nesse sentido.

É bastante observar, por exemplo, que sempre que se decide que um determinado empregador não pode praticar revista íntima ou nos pertences dos seus respectivos empregados, está a se dizer, em síntese, que o direito à intimidade ou privacidade é resguardado na relação privada de emprego, efetuando-se uma ponderação entre tal direito fundamental e a livre iniciativa no caso concreto e quando há procedência no pedido indenizatório, em palavras mais técnicas, quer-se dizer que a livre iniciativa não é princípio absoluto, podendo ser restringido quando em colisão com o direito à intimidade, e que o peso desta é maior na relação privada de emprego, diante da assimetria decorrente do poder social do empregador.

A análise passa, necessariamente – embora habitualmente não se diga – pelos testes prévios da proporcionalidade, como a adequação (o meio – revista íntima ou nos pertences – era adequado a se coibir apropriações indébitas no ambiente de trabalho?) e a necessidade (havia outro meio menos agressivo para o alcance da finalidade?), para se chegar ao resultado procedência ou improcedência do pleito indenizatório, mas normalmente a argumentação não preza pela técnica e passa logo para o juízo de proporcionalidade, embora intrinsecamente se diga exatamente o que foi sinteticamente analisado.

A relação de emprego é, antes de tudo, uma relação de poder, constituída em torno da assimetria firmada na contratação entabulada entre empregado e empregador, e tal realidade justifica a aplicação forte dos Direitos Fundamentais nesse tipo de relação havida entre particulares.

Vale dizer, diante da concepção dos Direitos Fundamentais como ordem de valores, há irradiação de efeitos dos mesmos para todos os âmbitos da sociedade, inclusive para as relações travadas entre particulares “iguais”, e no caso da relação de emprego, o poder social e econômico que lhe é próprio justifica e estimula a aplicação dos aludidos direitos de forma direta e imediata, embora se reconheça que o problema não é assim tão facilmente resolvido, tendo-se que na relação de emprego ambos os pactuantes são titulares de Direitos Fundamentais (normalmente a “colisão” é firmada da seguinte forma: livre iniciativa versus direito à cidadania ou personalidade) e essa questão somente poderá ser resolvida, concretamente, segundo a técnica da ponderação de princípios constitucionais, com os olhos do examinador voltados para a concordância prática entre os mesmos, elaborando-se um juízo de ponderação, constituído em torno da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Se é certo que o poder social próprio da relação de emprego justifica a penetração de todos os Direitos Fundamentais nesse tipo de relação privada, não menos correto é afirmar que essa mesma assimetria serve como peso para definir o alcance ou limitação da autonomia do empregador na supressão ou diminuição dos Direitos Fundamentais do empregado.

Com isso não se quer afirmar que sempre haverá a mesma solução para o caso de colisão de Direitos Fundamentais na relação de emprego. Aqui vale a advertência já perpetrada por Alexy, segundo a qual a lei de colisão é firmada quando há afronta de um princípio constitucional em face de outro princípio constitucionalmente previsto, mas o resultado sempre dependerá de circunstâncias presentes no caso concreto, que serão analisadas topicamente, tendo-se que todos os princípios são analisados e válidos *prima facie*, não havendo precedência absoluta de um em relação ao outro.

Perceba-se, inclusive, que não se fala em eficácia horizontal por que a relação de emprego não é horizontal, as partes não estão no mesmo patamar. Ao revés, há uma verticalidade entre empregador e empregado, tendo-se que este se submete às regras firmadas unilateralmente por aquele, que é detentor de “poder” diretivo, podendo, inclusive, aplicar a pena capital, que é a rescisão contratual.

Em decisão paradigmática, já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1996, sobre a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, onde foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Na lide analisada, o empregado brasileiro da Air France pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, tendo o tribunal acolhido a pretensão com fulcro no princípio da igualdade:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (C.F., 1967, art.153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, caput)

II – a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

O grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se limita à filiação à tese da eficácia mediata ou imediata, já que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, § 1º assegurou o princípio da máxima eficácia dos Direitos Funda-



mentais, não discriminando se tal eficácia seria em desfavor do Estado ou dos particulares, ou se estes seriam vinculados de forma negativa ou positiva aos aludidos Direitos. Assim, toda a problemática da dita eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares é questão de colisão de interesses constitucionalmente assegurados, pois, tipicamente, o problema será o contraponto entre dois princípios fundamentais que, no fim, garantem ou se elevam com o próprio princípio constitucional da autonomia privada.

Tendo-se as teorias aludidas, força é concluir que não há um modelo que isoladamente acarrete perfeição, sendo viável a combinação de modelos. Assim, diante da dimensão objetiva própria dos Direitos Fundamentais, estes se irradiam para todo o ordenamento jurídico, vinculando todos os Poderes Públicos e também os particulares, mas, quando há conflito entre a livre iniciativa e qualquer outro Direito Fundamental cujo titular é o empregado, a solução da ponderação de interesses não pode desprezar que o Legislador tem o dever de prever a respectiva conduta, diante do dever de proteção que lhe é próprio. Em um segundo momento, em não havendo lei a regulamentar e resolver o conflito, cabe ao Judiciário aplicar diretamente a Constituição para a resolução do caso concreto, tendo-se que este Poder também é vinculado aos Direitos Fundamentais de forma objetiva, sendo seu também o dever de salvaguardar tais direitos. Daí a importância da concepção de Direitos Fundamentais como princípios e estes como normas jurídicas.

A junção de modelos rebate completamente o argumento contrário à tese da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, no tocante à maximização dos poderes do Juiz, pois permite que o Legislador cumpra o seu mister constitucional, protegendo os Direitos Fundamentais, mas, quando este resta inerte, o Estado-Juiz é instado a agir, pois é tão objetivamente vinculado aos Direitos Fundamentais quando o Legislador, não podendo simplesmente detectar que há um claro na Legislação, sem qualquer resolução para o caso concreto. Agindo assim, o Juiz será tão inerte quanto o Legislador, descumprindo o seu dever de guardião dos Direitos Fundamentais, protegendo também tais direitos de forma insuficiente.

3. O direito à informação e devido processo legal como direitos laborais inespecíficos

Durante muitos séculos as relações firmadas entre tomadores e prestadores de serviços tiveram como pano de fundo as normas civis, baseadas na plena igualdade das partes, paradigma que somente foi modificado com a ultrapassagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse passo, o constitucionalismo passou, a partir da Constituição mexicana de 1917, de Weimar, de 1919, e, por que não dizer, com a Constituição brasileira de 1934, a prever direitos laborais específicos, inaugurando, assim, um modo intervencionista de o Estado se apresentar.

Os direitos laborais específicos mereceram, na Constituição Federal de 1988, lugar de honra, sendo eles cobertos pelo manto protetivo das cláusulas pétreas, não podendo haver modificação no Texto constitucional de forma retrocessiva.

O ambiente da relação de emprego, com evidente poder social concentrado unicamente nas mãos do empregador, é um sítio propício ao exercício de determinados Direitos Fundamentais que, embora não postos no capítulo destinado na Constituição aos direitos trabalhistas, funcionam como se laborais fossem, diante da penetração direta que possuem na relação privada: o vínculo de emprego.

Isso ocorre porque, quando o empregado se vincula à contratação empregatícia, malgrado a subordinação tida como própria ao liame, não se despe de seus direitos de personalidade. Ao revés, tais direitos devem não só ser respeitados pelo empregador, mas também por este estimulado, a fim de que o meio ambiente de trabalho não se torne um círculo de adoecimento ou, até mesmo, um refúgio à margem dos Direitos Fundamentais.

É dizer, todos os Direitos Fundamentais classicamente conhecidos como direitos de primeira geração, ou direitos de cidadania, aqui também entendidos como direitos laborais inespecíficos, permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador.

À mesma conclusão chegou o Tribunal Constituição espanhol, que no dia 10/04/2000 julgou o Recurso de Amparo n. 4.015/96, apresentado por Don Santiago Idazábal.

Gómez (representante do Comitê de Empresa) frente à Sentença da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça da Galícia. Este Tribunal modificou a decisão anterior, que havia declarado contrário à Constituição e, conseqüentemente, ofensivo aos Direitos Fundamentais, a instalação de microfones nas roletas francesas de um cassino, por considerar que este já possuía sistema fechado de segurança que capitava som e imagem no ambiente de trabalho dos obreiros, sendo a atitude extremada ato que contrariava o princípio da proporcionalidade e invadia a esfera de intimidade pessoal, prevista no art. 18 da Constituição da Espanha.

Na Sentença n. 98/2000, disse o Tribunal Constituição espanhol que:

a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada em el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos). Esta tesis resulta refutada por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que sostiene que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir a priori que puedan producirse eventuales lesio-



nes del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha.

Atribui-se a José João Abrantes a expressão “cidadania na empresa”, explicando o referido autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa. Ou seja, são direitos atribuídos “genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer .

Tais direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores são os previstos para todos os cidadãos, sendo àqueles assegurados, dentre outros, como já asseverou Rua de Almeida, “o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório” e, poderia ser acrescentado, o direito à privacidade, intimidade e à liberdade religiosa.

A Constituição da República portuguesa prevê o direito à informação como direito laboral específico, dispondo em seu art. 54, 5, alínea a, sobre o direito à comissão de representação dos trabalhadores para a defesa dos interesses e intervenções democráticas na vida da empresa, assim como no art. 55, 6, do mesmo Diploma Legal, em relação aos representantes eleitos para o exercício da liberdade sindical, que nada mais é do que uma liberdade social.

Por seu turno, o Código do Trabalho português de 2009, em seu artigo 338, proíbe terminantemente a despedida de empregado sem que haja uma justa causa para tanto, ou seja, há de ter, pelo menos, uma causa e esta deve ser justa, contemplando a necessidade de motivação no ato da despedida. Também se encontra no art. 353 do mesmo Código, referência ao direito de informação, quando este dispositivo assegura que, na despedida por justa causa, há a necessidade de o empregador comunicar a respectiva falta ao obreiro, por escrito, bem assim à comissão de trabalhadores, garantindo-se, dessa forma, a possível análise dos motivos da dispensa perante o Órgão Extrajudicial ou pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito à informação a todos os cidadãos em seu artigo 5º, XIV e o direito ao devido processo legal no mesmo artigo, inciso LIV, e tais direitos, de cidadania que são, invadem o contrato de emprego, limitando a livre iniciativa, igualmente protegida pela Constituição (art. 170).

Vale dizer, a livre iniciativa não se constitui em direito constitucional absoluto, encontrando limites no dever de informação e motivação, bem assim na própria cláusula do devido processo legal, que, na verdade, já contém aquele.

A cláusula do devido processo legal é aberta, “instituto de teor inexato, vago, indefinido”, contendo em si algumas garantias, como, por exemplo, o dever de informação e motivação das decisões, com o único fim de inibição do arbítrio.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, o devido processo legal é princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e entre nós está previsto no artigo 5º, LIV da CRFB/88, sendo um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais, como: “a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada”.

É evidente que dita cláusula foi idealizada para coibir abusos estatais, mas o conceito evoluiu com o pensamento de que determinadas entidades possuem poderes privados próprios ou equivalentes ao Estado e, como tal, sofrem limitações para que não haja arbítrio nas suas decisões, sobretudo nas decisões que aplicam sanções.

Hodiernamente é correto se falar que os deveres de informação e motivação, decorrentes que são do devido processo legal, tido como cláusula abstrata, penetram nas relações particulares, sendo a relação de emprego um dos maiores campos para a sua aplicação, diante da assimetria existente entre empregado e empregador.

Ou seja, aliados aos direitos laborais específicos, previstos no capítulo II da Constituição Federal de 1988, estão os direitos de cidadania, dentre os quais se destacam o direito de informação e motivação das decisões, corolários do devido processo legal.

Vecchi lança luzes sobre a necessidade de aplicação da cláusula do devido processo legal – tida por ele como um direito laboral inespecífico – na dispensa do empregado por motivo disciplinar, afirmando que a garantia constitucional incide diretamente na relação de emprego, impedindo que o empregado seja despedido por ato único do empregador, sem que possa apresentar defesa prévia, ou sequer apresentar seus motivos. Dessa forma:

necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão da fábrica”.

O Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a jurisprudência, vêm consagrando que tais direitos específicos aos cidadãos, mas, ainda inespecíficos aos trabalhadores, permeiam as relações particulares, sobretudo quando tais desvelam um poder privado.

3.1. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do



que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes. Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se tratam de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista.

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a micro parcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade.

3.1.1 Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organiza-

das para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre por que tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa.

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extraí-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.



Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada versus o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve se a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina e jurisprudência não estejam fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o artigo 44, § 2º prevê que “as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades”. É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o artigo 1.085 o Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente

poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias.

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

3.1.2 Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.



O art. 1.336, I do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal – principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato – quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: “as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

3.1.3 O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta em seu artigo 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

4. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o due process of Law, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado.

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante lembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades”.

É certo, porém, que o artigo 7º, I do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico – afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária – a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição mater ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O artigo 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário.

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar”.

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu artigo 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do



negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre iniciativa (CRFB/88, art. 170, caput).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição de ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245 de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito ao trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade e, como tal, deve ser interpretado tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

Recentemente, especificamente no dia 06/02/2013, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Mandado de Injunção n. 943, decidiu, por unanimidade de votos, que a regra sobre o pagamento de aviso prévio proporcional, estabelecida pela Lei nº 12.506, de 11 de

outubro de 2011, deve ser aplicada em relação aos outros MIs com andamento na Corte, mas com julgamento suspenso. É dizer, a referida Lei será aplicada nos casos anteriores ao seu advento, resolvendo o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa anterior.

A decisão aludida serve como norte para o tema objeto deste artigo, pois se a Corte Maior já resolveu que, não obstante a carência de norma específica sobre o aviso prévio proporcional, este instituto deve ser utilizado de acordo com os parâmetros traçados somente com o advento da Lei n. 12.506/11, suprimindo a lacuna legal, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para a proteção presente no art. 7º, I da CRFB/88, já que a Legislação infraconstitucional já define o que vem a ser a despedida arbitrária.

5. Consequências da despedida sem motivação

Já se disse que o ato demissionário vazio é antijurídico e, portanto, rejeitado pela ordem jurídica brasileira, que institui a proteção em face da despedida arbitrária. Assim, se a despedida não restar embasada em justa causa, como determina o art. 482 da CLT, deverá ser, necessariamente, fundamentada em algum motivo, sendo certo que se assim não for, o ato será arbitrário.

O art. 7º, I do Texto Constitucional faz referência à indenização, ainda sem previsão em Lei Complementar, mas o art. 10, inciso I do ADCT igualmente prevê indenização para a dispensa sem justa causa, pois o ato resilitório arbitrário é proibido pela Lei Maior, ensejando a nulidade do ato e retorno das coisas ao status quo ante, seguindo a regra secular estabelecida pela Teoria Geral civilista.

Ou seja, o empregado dispensado sem qualquer apresentação dos motivos indicados no art. 165 da CLT, deve ser reintegrado ao emprego, mas, não sendo isso possível, poderá o Magistrado fixar indenização compensatória.

Nesse trilhar, a ordem jurídica pátria prevê quatro hipóteses de dispensa: i) arbitrária, ou sem qualquer motivação, sendo possível, nesse caso, a reintegração do trabalhador ao emprego, sem prejuízo da indenização a que se refere a Constituição; ii) motivada, mas sem justa causa, passível de indenização compensatória, já prevista no art. 10, I do ADCT; iii) por justa causa, que não comporta indenização; iv) discriminatória, redundando na nulidade do ato, com a possibilidade de reintegração e indenização.

A solução pela reintegração em havendo despedida sem motivação pode parecer vanguardista demais, mas não se pode perder de vista que o próprio caput do art. 7º do Texto Constitucional indica o caminho, pois se o inciso I prevê como consequência do ato resilitório arbitrário a indenização, a “cabeça” do dispositivo constitucional assegura “outros direitos” que visem à melhoria da condição social do trabalhador e a possibilidade de reintegração, sem dúvida, preza pela conservação do empregado ao posto de trabalho, enaltecendo o direito social e subjetivo ao trabalho.

Infelizmente essa não parece ser a diretriz interpretativa seguida pela doutrina “majoritária” e, certamente, mais ortodoxa, que finca pé na conclusão segundo a qual se a



Constituição manda a lei complementar prever indenização compensatória, “implicitamente exclui a estabilidade como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas), e, em consequência, a referida lei complementar não poderá prever a reintegração entre ‘outros direitos’”.

A solução utilitarista estabelecida provisoriamente pelo ADCT não pode ser entrave para o fim maior que é a manutenção do emprego, almejado pelo dispositivo constitucional que protege do empregado contra a despedida arbitrária.

Se é certo afirmar que o empregado arbitrariamente despedido tem direito a retornar ao trabalho, não menos certo é afirmar que, utilizando-se a regra dos artigos 495 e 496 da CLT, o Magistrado trabalhista poderá “dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio”, condenar o empregador a pagar indenização compensatória.

Nesse particular, as normas civis ou trabalhistas não trazem parâmetro de tarifação da indenização, sendo usual a utilização da técnica do arbitramento quando “inexistem elementos objetivos para a liquidação do julgado”, sempre com atenção para a “extensão do dano”, expediente largamente utilizado na seara trabalhista para a fixação de indenizações por danos pessoais e que pode igualmente ser manejada para o arbitramento pela despedida sem motivação.

6. Conclusões

Não se pode olvidar que no artigo 7º, I do Texto Constitucional há uma ordem direta para que o Legislador atue no sentido de proteger e não de desproteger a relação de emprego e, assim sendo, não se poderá acolher a tese de direito potestativo à despedida sem apresentação de motivos.

A própria tese de eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas admite como correta a penetração destes Direitos nas indigitadas pactuações, desde que através dos conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, a boa-fé contratual e mesmo esta pressupõe o dever de informação.

Nesse passo, diante da insuficiência do Estado-Legislator, o Estado-juiz possui papel importantíssimo, pois deve interpretar o Direito segundo uma de suas funções, que é a proibição do arbítrio, e a solução apontada no presente artigo é apenas uma das vias aptas para tanto, sem se questionar acerca da invasão de um “Poder” na competência do outro. Não se propõe qualquer revolução, elaboração de norma pelo Poder Judiciário ou algo equivalente, mas, tão somente, que este cumpra o seu papel: interpretar a Constituição de modo a lhe dar melhor eficácia.

7. Referências

ABRANTES, João José. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Me-

lheiros. 2008.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. In: Direitos laborais inespecíficos. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUIPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho**. In: Revista do TRT - 9ª Região. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

BRAGA, Paula Sarno. **Direitos fundamentais como limites à autonomia privada**. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

DÜRIG, Günter. **Direitos fundamentais e jurisdição civil**. Tradução de Luís Afonso Heck, in Direitos Fundamentais e Direito Privado. Textos clássicos. HECK, Luiz Afonso (org). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMORAL C. Sérgio. **Cidadania na Empresa e Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2011

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 17 – jan./jun. 2011, p. 33-45.

MAC CROIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA. Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROCHA, Andrea Presas. **A eficácia dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta**. In: Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (orgs.) São Paulo: LTr, 2010, p. 29-46.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Devido processo legal**. Revista de Informação Legislativa, ano 34, n. 136, p. 15, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra a despedida arbitrária**. In: CARRION, Valentin (diretor), Trabalho & Processo. Revista jurídica trimestral. São Paulo: Saraiva, Julho de 1994, n. 1, p. 03-35.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 10 ed. 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora. 2. ed. 2006. p. 198.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 111-135



Advogado Empregado Jornada de Trabalho e Dedicção Exclusiva

Tiago Ferreira Santos¹

Resumo: O objeto do presente artigo, fruto de pesquisa acadêmica e profissional, consiste na definição dos direitos relacionados à jornada de trabalho especial prevista no Estatuto da Advocacia aos advogados empregados. Inicialmente, destaca-se que esse não é um assunto tão pacífico e sedimentado quanto aparentemente pode parecer ser, já que há uma lei que define a norma jurídica abstrata e, ainda, regulamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) respaldado pela legislação. Nesse artigo, não apenas uma interpretação do ordenamento jurídico foi realizada por meio das normas abstratas (princípios e regras), como também adotou-se uma perspectiva realista, a qual considera que o Judiciário produz o Direito, ao expedir suas decisões. Entretanto, para evitar cair numa insolúvel solução jurídica segura, para manter a objetividade e o caráter científico, foi restrita a utilização da fonte jurisprudencial. Em primeiro lugar, selecionou-se apenas julgados da mais alta corte trabalhista, Tribunal Superior do Trabalho (TST). Posteriormente, pelo critério cronológico, apenas foram citados julgados correspondente ao período de vigência da respectiva norma, com preferência para os dois últimos anos. Assim, conclui-se que jornada de trabalho e dedicação exclusiva são conceitos distintos e, para advogados empregados, a previsão de jornada superior a 20 (vinte) horas apenas pode ser válida, caso haja expressa cláusula de dedicação exclusiva, ao menos para os contratados após 12 de dezembro de 2000.

Palavras-chave: advogado, jornada de trabalho, dedicação exclusiva.

201

1 Introdução

O objeto do presente artigo, fruto de pesquisa acadêmica e profissional, consiste na definição dos direitos relacionados à jornada de trabalho especial prevista no Estatuto da Advocacia aos advogados empregados. Inicialmente, destaca-se que esse não é um assunto tão pacífico e sedimentado quanto aparentemente pode parecer ser, já que há uma lei que define a norma jurídica abstrata e, ainda, regulamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) respaldado pela legislação.

Entretanto, a hipótese a ser trabalhada, no presente artigo, consiste que há uma tendência de resistência ideológica não explicada pelas normas do sistema jurídico, porquanto, atualmente, tanto a lei, quanto o regulamento e os julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) respaldam a exigência de previsão expressa de dedicação exclusiva em contrato individual de trabalho para que seja possível advogados empregados que atuem em atividade empresarial que não esteja submetida ao regime de monopólio possuam jornada de trabalho superior a 20 (vinte) horas semanais.

Dois métodos interpretativos totalmente opostos foram utilizados na presente pesquisa, com o objetivo de demonstrar que o sistema jurídico não possui nenhuma outra

¹ Ex-bolsista de iniciação científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa Científica do Estado da Bahia (FAPESB) por 2 anos e 10 meses, bacharel em Direito formado pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), advogado da Companhia Baiana de Pesquisa Mineral (CBPM), pós-graduando em Direito do Estado (UCSal). E-mail: santosftiago@hotmail.com.

resposta adequada que não seja a conclusão acima elencada, embora ainda haja decisões de tribunais em sentido contrário. Para ilustrar a existência de julgados divergentes, segue transcrição de uma ementa recente que ignorou, por exemplo, a alteração do regulamento geral que será a seguir analisada:

JORNADA DE TRABALHO - ADVOGADO - DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. O caput do artigo 20 da Lei 8.906/94 estabelece a jornada máxima do advogado empregado em 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais de labor, salvo acordo ou convenção coletiva ou, ainda, no caso de dedicação exclusiva. Conforme inteligência do art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, a jornada de oito horas diárias é considerada como dedicação exclusiva, desde que expressamente prevista no contrato individual de trabalho. Diante da ausência de qualquer contrato escrito ajustado entre as partes, e nos termos da legislação aplicável, a jornada reduzida estabelecida no art. 20 da Lei 8.906/94 deve prevalecer no caso.

(TRT-3 - RO: 00227201310903007 0000227-91.2013.5.03.0109, Relator: Taisa Maria M. de Lima, Quarta Turma, Data de Publicação: 09/12/2013 06/12/2013. DEJT. Página 83. Boletim: Não.)

De qualquer modo, pelos critérios adotados na presente pesquisa para obter objetividade e segurança jurídica, tal julgado não deve ser considerado válido, em decorrência do critério hierárquico adotado, a seguir explicado neste capítulo, quando será tratado mais especificamente sobre a metodologia.

Inicialmente, para conhecer o Direito, nesta pesquisa, foi adotado o método jurídico do positivismo normativista de Hans Kelsen, o qual estabelece que as normas jurídicas devem buscar a sua validade da hierarquicamente superior. Assim, o enfoque inicial do presente estudo será nas disposições legais e normativas validamente produzidas pelo legislador e pelo órgão definido para regulamentar o tema. Especificamente sobre a regulamentação, será analisado se realmente, durante todo o período, foi validamente elaborado o Regulamento Geral da Advocacia e da OAB. Para elucidar o objeto da ciência jurídica, Kelsen (2006, p. 79) assim ensina:

A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o quer quer dizer: como norma jurídica.

Outro método utilizado será influenciado pelo realismo jurídico nos moldes do defendido por muitos juristas nos Estados Unidos da América, lá chamado de *american legal realism*, que consiste na pesquisa das decisões judiciais, porquanto são essas que efetivamente definem as normas jurídicas e dizem o Direito. Nesse sentido, Dimoulis (2006, p. 149/150) assinala o seguinte:

O realismo ensina que a realidade do direito pode ser empiricamente constatada e reconhece como relevante (realmente existente) aquilo que foi realmente decidido.



Assim, em uma análise conjugada de métodos, após expor as disposições normativas abstratas, será elaborada uma análise das normas jurídicas concretas judiciais acerca do assunto. Entretanto, para reduzir a insegurança jurídica que decorre do *american legal realism*, já que não há apenas uma norma jurídica elaborada por um único órgão legislador, alguns critérios serão adotados na seleção dos julgados. Para destacar esse defeito do realismo, segue citação de Bobbio (2008, p. 66):

Cai deste modo o tradicional princípio da certeza jurídica, e de fato, qual pode ser a possibilidade de prever a consequência de um comportamento – nisto consiste a certeza -, se o direito é uma contínua nova criação do juiz?

Nesse sentido, seguem elencadas as balizas adotadas para que seja viabilizada uma pesquisa baseada no realismo jurídico, mas afastando a sua característica incerteza: a) hierarquia: apenas foram selecionados os julgados da mais alta corte trabalhista; b) especificidade: apenas foram selecionados os julgados que versassem especificamente sobre idêntico caso; c) atualidade: apenas foram selecionados casos decididos nos respectivos períodos estudados, preferencialmente os referentes aos últimos meses; d) integralidade: foram pesquisados todos os julgados recentes que versassem sobre o mesmo tema, embora nem todos tenham sido citados.

Por fim, destaca-se que essa hibridez metodológica adotada na presente pesquisa é aclamada, por exemplo, por Miguel Reale (2002, p. 88) como válida, o que leva a crer que não se trata de um desvario. Para melhor ilustrar, segue transcrição:

[...] há diversos tipos de ciência, igualmente legítimos, cada qual fiel a seus métodos e processos em função da natureza daquilo que estudam. Nesse sentido, isto é, no quadro de um pluralismo metodológico, o Direito é uma ciência tão legítima como as demais.

Assim, esta pesquisa chegou ao resultado de que as soluções do positivismo normativista leva a mesma conclusão do realismo jurídico por o tribunal hierarquicamente superior (TST), decidindo objetos especificamente similares ao presente, vem, atualmente, decidindo que os advogados empregados contratados após o ano 1994 ou 2000 só possuem dedicação exclusiva e possível jornada superior a 20 (vinte) horas, caso haja previsão expressa de dedicação exclusiva em contrato de trabalho. Por fim, em decorrência da integralidade dos julgados ter sido no mesmo sentido, há de observar-se que o presente entendimento é pacífico.

2 Do Regime Próprio Do Advogado Público

A primeira distinção que há de ser feita é entre o advogado público, regido pelo regime estatutário e pelas normas pertinentes do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, e o advogado empregado, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e pelas normas do seu Estatuto.

Isso é de suma relevância para o presente objeto de pesquisa porque o Estatuto apenas limita, como regra, a jornada de 20 (vinte) horas aos advogados empregados, ou seja, àqueles que sejam regidos pelas disposições celetistas.

Em outros termos, o servidor público estatutário é o trabalhador regido por normas de direito público, ou seja, possui um estatuto legal específico que, no âmbito da União, é a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a qual dispõe sobre “o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

Em oposição, considera-se empregado “[...] toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário” (art. 3º, da CLT). A doutrina costuma identificar, da interpretação legal, 5 (cinco) elementos da relação celetista, a saber: pessoa física, pessoalidade, subordinação jurídica, habitualidade, onerosidade. Alguns autores ainda elencam a alteridade, que consiste na assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, a qual está prevista art. 2º, da CLT, que assim dispõe: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”.

De tudo dito, fica evidente que os advogados públicos, ao menos quando regidos por estatutos próprios que não sejam a CLT, não possuem direito às disposições previstas no art. 20, do Estatuto da Advocacia, por esse dispor acerca da jornada de trabalho dos advogados empregados.

De qualquer modo, mesmo para advogados públicos empregados de órgãos, autarquias ou fundações, o Capítulo V que dispõe sobre o Advogado Empregado é inaplicável por expressa disposição legal, que, por sua amplitude excessiva, criará um segundo problema.

Trata-se, no caso, da vedação disposta no art. 4º, da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, a qual afasta constitucionalmente a incidência daquelas disposições de jornada de trabalho ao advogado da administração direta, autárquica e fundacional. Entretanto, também pretende afastá-las do regime jurídico trabalhista dos procuradores de empresas públicas e sociedades de economia mista, criando, portanto, um verdadeiro problema. Para melhor ilustrar, segue transcrição:

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Feitas essas considerações, não restam dúvidas de que as disposições do Estatuto da Advocacia não se aplicam aos órgãos públicos, nem a autarquias e fundações, ou seja, advogados públicos, mesmo que regidos pelo regime celetista, não possuem direito a jornada de trabalho reduzida. Quanto a segunda problematização elencada, referente às empresas governamentais, será tratada no tópico seguinte.



3 Do Advogado Empregado Das Empresas Públicas E Das Sociedades De Economia Mista

No capítulo anterior, rapidamente, introduziu-se uma problematização consistente na possível inconstitucionalidade da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, no que se refere à vedação de incidência das disposições sobre o advogado empregado no Estatuto da Advocacia às empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais são chamadas de empresas estatais ou governamentais por Maria Silvia Di Pietro (2010, p. 443).

Inicialmente, há de se atentar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica são regidas pelas normas do direito privado, no que se refere às relações trabalhistas, sem poder haver quaisquer benefícios legais no regime de trabalho, já que isso implicaria injusta concorrência com as empresas privadas. Nesse sentido, segue determinação constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Observa-se, portanto, que as empresas governamentais devem obediência aos ditames celetistas e às normatizações das categorias profissionais específicas similarmente às demais empresas privadas, por expressa determinação constitucional. Portanto, torna-se inviável que lei disponha o contrário, sob pena de inconstitucionalidade. Essa é a interpretação literal.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), sem esvaziar o artigo mencionado, ponderou os interesses jurídicos resguardados pela Constituição, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.552-4.

Nesse sentido, considerou que artigo 4º da Lei 9527/97 pode limitar validamente apenas a incidência de direitos trabalhistas a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem a atividade econômica em regime de monopólio, porque, nesse caso, não haveria interesse jurídico constitucionalmente protegido. Afinal, a igualdade de condições com a iniciativa privada que resguarda a livre concorrência não estaria sendo violada, já que, em monopólio, sequer há qualquer concorrência. Conferiu, assim, interpretação conforme a Constituição ao artigo.

Feitas essas considerações acerca de quais advogados estão resguardadas pela disposição legal que assegura a jornada de trabalho reduzida de 20 (vinte) horas, salvo dedicação exclusiva ou previsão em acordo coletivo, segue análise acerca do regime trabalhista privado dos advogados empregados, consoante a data de sua contratação, já que há três marcos a serem analisados, antes de se extraírem as consequências jurídicas devidas.

4 Dos Três Marcos Jurídicos Dos Direitos Dos Advogados Empregados

4.1 O Primeiro Marco: os contratos celebrados até 4 de julho de 1994

Antes de a Lei Nº 8.906 (Estatuto da Advocacia), de 4 de julho de 1994, entrar em vigor, não havia qualquer direito especificamente concedido aos advogados empregados. Assim, as disposições contratuais eram regidas exclusivamente pelas disposições da Constituição Federal (CF) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Desse modo, não havia qualquer distinção entre os direitos do advogado empregado e os demais empregados, em geral.

Assim, após a expedição do Estatuto da Advocacia, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu que, para os contratados antes de ele entrar em vigor, houve presunção de dedicação exclusiva, com a finalidade de validar os contratos sob a égide da nova Lei, nos termos da Orientação Jurisprudencial do TST a seguir:

OJ-SDI1-403 ADOGADO EMPREGADO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR A LEI Nº 8.906, de 04.07.1994. JORNADA DE TRABALHO MANTIDA COM O ADVENTO DA LEI. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CARACTERIZAÇÃO. (DEJT Divulgado em 16, 17 e 20.09.2010)

O advogado empregado contratado para jornada de 40 horas semanais, antes da edição da Lei nº 8.906, de 04.07.1994, está sujeito ao regime de dedicação exclusiva disposto no art. 20 da referida lei, pelo que não tem direito à jornada de 20 horas semanais ou 4 diárias.

Curiosamente, trata-se de um regime de dedicação exclusiva no qual o empregador não pode exigir exclusivamente. Na verdade, foi um entendimento adotado apenas para adequar os contratos celebrados anteriormente à vigência do Estatuto com o novo dispositivo.

Mais acertadamente, poderia adotar o TST o brocardo latino, que muito ajuda a interpretação legal, do *tempus regit actum*, o qual significa literalmente o seguinte: o tempo rege o ato. Com ele, os contratos são regidos pela lei da época em que ocorreram. Assim, para os contratos trabalhistas celebrados anteriormente a entrada em vigor do Estatuto da Advocacia, seria possível a celebração de jornada de trabalho superior a 20 (vinte) horas, independentemente de ajuste de dedicação exclusiva. Haveria, assim, um acerto maior.



4.2 O Segundo Marco: os contratos celebrados de 4 de julho de 1994 até 12 de dezembro de 2000

Durante todo esse período, o Estatuto da Advocacia estava em vigor, assegurando a jornada de 20 (vinte) horas semanais, salvo dedicação exclusiva ou negociação coletiva, nos seguintes termos:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

Por óbvio, não há nenhum acordo ou convenção coletiva que fixe uma jornada superior. De qualquer modo, o conceito de dedicação exclusiva não encontra respaldo na CLT, exigindo regulação ou interpretação. No caso, coube ao Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil (CFOAB) regulá-lo, nos termos do art. 78 do Estatuto que assim dispõe:

Cabe ao Conselho Federal da OAB, por deliberação de dois terços, pelo menos, das delegações, editar o regulamento geral deste estatuto, no prazo de seis meses, contados da publicação desta lei

Ocorre que, de forma esdrúxula, a Ordem de Advogados do Brasil (OAB), representando interesses exclusivamente dos grandes escritórios de advocacia, no exercício de sua atividade regulatória do Estatuto, esvaziou o art. 20, *caput*, por intermédio do art. 12, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, que previa o seguinte durante esse período:

Art. 12 - Considera-se dedicação exclusiva a jornada de trabalho do advogado empregado que não ultrapasse quarenta horas semanais, prestada à empresa empregadora. § 1º Prevalece a jornada com dedicação exclusiva, se este foi o regime estabelecido no contrato individual de trabalho quando da admissão do advogado no emprego, até que seja alterada por convenção ou acordo coletivo.

§ 2º A jornada de trabalho prevista neste artigo não impede o advogado de exercer outras atividades remuneradas, fora dela.

Em termos mais simples, o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, basicamente, havia desvirtuado totalmente os conceitos de “dedicação exclusiva” e de “jornada de trabalho”, ou seja, criou uma figura esdrúxula que tornava vazio o Estatuto da Advocacia, já que confundia dois conceitos distintos, tornando-os sinônimos. Ou seja, bastava a previsão de qualquer jornada de trabalho até quarenta horas para estar configurada uma dedicação exclusiva que não exigia exclusividade nenhuma. Nesse sentido, também critica Sady (2005):

Incompreensivelmente, o Conselho Federal editou este Regulamento, contendo em seu artigo 12 uma enormidade ainda mais catastrófica: “Considera-se dedicação exclusiva a jornada de trabalho do advogado empregado que não ultrapasse quarenta horas semanais, prestada à empregadora”.

Na verdade, isto conduz a um sofisma delirante, pois, é como se a lei rezasse que a jornada de trabalho é de vinte horas semanais, a não ser que seja de quarenta. O Conselho Federal, com tal redação, liquidou de imediato com a jornada de trabalho concedida ao advogado no Estatuto.

O mais absurdo é que isso perdurou por muito tempo, ou seja, até o ano de 2000, sendo infelizmente acolhido por boa parte de uma jurisprudência antiga para os contratados nessa época, em nome do brocardo latino do *tempus regit actum*, nos termos que seguem:

1) EMBARGOS DA RECLAMANTE HORAS EXTRAS. ADVOGADO EMPREGADO. ART. 20 DA LEI Nº 8.906/94 C/C O ART. 12 DO REGULAMENTO GERAL DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB (COM A REDAÇÃO EM VIGOR NO PERÍODO POSTULADO). JORNADA DE TRABALHO DE 06 (SEIS) HORAS (INFERIOR A 08 (OITO) HORAS DIÁRIAS OU 40 (QUARENTA) SEMANAIS). DEDICAÇÃO EXCLUSIVA CARACTERIZADA. HORAS EXTRAS INDEVIDAS Com a promulgação da Lei nº 8.906/94, o advogado empregado teve sua jornada normal de trabalho fixada em, no máximo, 04 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais, salvo previsão diversa em acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou ainda quando caracterizada a hipótese de -dedicação exclusiva- (art. 20). O art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, com a redação vigente à época do período postulado (1994/1995), conceitua dedicação exclusiva como -a jornada de trabalho do advogado empregado que não ultrapasse quarenta horas semanais, prestada à empresa empregadora-. Na hipótese, a reclamante tinha uma jornada de trabalho de 06 (seis) horas diárias, portanto inferior a 08 (oito) horas diárias e a 40 (quarenta) horas semanais. Assim, nos termos da legislação em vigor no período postulado, a empregada trabalhava em regime de dedicação exclusiva, hipótese que, ante a literalidade do art. 20 da Lei nº 8.906/94, exclui o direito do empregado advogado à jornada reduzida e, conseqüentemente, ao pagamento das horas trabalhadas além da 4ª diária como extraordinárias. Embargos conhecidos e desprovidos. 2) [...]

(TST - E-RR: 5772964819995180012 577296-48.1999.5.18.0012, Relator: Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 12/12/2006, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: DJ 02/03/2007.)

Esse julgado expõe uma ementa extremamente técnica e doutrinária. O entendimento antigo do TST está bem claro. Para os contratados de 1994 a 2000, quando vigorava tal disposição, a jornada de trabalho até 40 (quarenta) horas implica presunção de dedica-



ção exclusiva. Absurdo promovido pelo Conselho Federal que, na atribuição de regular a lei do estatuto dos advogados, esvaziou disposição legal. Pode-se questionar, por exemplo, a constitucionalidade ou legalidade de tal feito, mas era a regra do jogo prevista no ordenamento jurídico para esse marco.

Há, entretanto, até mesmo para contratados durante esse segundo marco, reiterados julgados recentes (de outubro de 2013 a abril de 2014) do TST que apontam para exigência de previsão expressa de dedicação exclusiva no contrato de trabalho, diferenciando-a da jornada de trabalho. Nesse sentido, seguem as ementas:

A) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1) DESVIO DE FUNÇÃO. 2) ADVOGADO EMPREGADO - DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO - HORAS EXTRAS. DIVISOR E PERCENTUAL PARA O CÁLCULO. 3) HORAS EXTRAS- INTERVALO INTRAJORNADA. 4) DANO MORAL. 5) HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. O artigo 20 da Lei nº 8.906/94 fixou a jornada de trabalho do advogado-empregado em, no máximo, quatro horas diárias ou vinte horas semanais, permitindo a previsão de jornada diversa na hipótese de acordo ou convenção coletiva ou, ainda, de dedicação exclusiva. Dedicação exclusiva, na forma do que dispõe o artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, é considerada como o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho e, configurada a dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas (parágrafo único). Consoante posicionamento desta Corte, a fixação de jornada de oito horas antes do advento da Lei 8.906/94 configurava dedicação exclusiva. Nesse sentido, a OJ 403/SBDI-1, segundo a qual “o advogado empregado contratado para jornada de 40 horas semanais, antes da edição da Lei nº 8.906, de 04.07.1994, está sujeito ao regime de dedicação exclusiva disposto no art. 20 da referida lei, pelo que não tem direito à jornada de 20 horas semanais ou 4 diárias”. Após a entrada em vigor do Estatuto da Advocacia, segundo a SBDI-1, a configuração da dedicação exclusiva depende de ajuste contratual nesse sentido. Ou seja, após a Lei 8906/94, a dedicação exclusiva decorre não do número de horas trabalhadas, mas do que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho. Na hipótese dos autos, conforme premissas assentadas no acórdão recorrido, evidencia-se a ocorrência das seguintes situações fáticas: 1) de 1985 (admissão) até 2000, a Reclamante exerceu o cargo de secretária; 2) a partir dessa data, passou a trabalhar, em desvio funcional, na função de advogada, com jornada de oito horas até 2005, e de 6 horas a partir de então. Assim, é fato incontroverso que a Reclamante desempenhou uma jornada de 8 (oito) horas diárias ou 40 (quarenta) horas semanais, de 2000 até 2005, e 6 horas, a partir de então, em desvio de função, no cargo de advogada, sem a formalização, no contrato de trabalho, do regime de dedicação exclusiva. Portanto, a decisão do Tribunal Regional, que determinou o pagamento de horas extras além da 4ª diária, está de acordo com a jurisprudência atual da SBDI-1 desta Corte. Quanto aos demais temas, o recurso de revista não reúne condições de conhecimento, como estabelece o art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. [...]

(TST, RR - 518200-52.2006.5.12.0026, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 08/11/2013)

HORAS EXTRAS. ADVOGADO ADMITIDO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 8.906/94. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA EM CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. DEVIDAS COMO EXTRAS AS HORAS TRABALHADAS ALÉM DA 4ª HORA DIÁRIA.

Discute-se, nos autos, se o regime de dedicação exclusiva pode ser presumido ou deve ser ajustado expressamente, na hipótese de o autor ter sido admitido após o advento da Lei nº 8.906/1994. Com efeito, a citada lei, em seu artigo 20, dispõe que “a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva”. Extrai-se, portanto, do citado dispositivo legal, que a regra geral é que a jornada de trabalho do advogado empregado não poderá exceder a duração diária de quatro horas diárias e a de vinte horas semanais, admitindo-se, entretanto, outra jornada de trabalho, nas hipóteses de acordo ou convenção coletiva ou nos casos de dedicação exclusiva. Por sua vez, o artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, expedido pelo Conselho Federal da OAB prevê o que vem a ser o regime de dedicação exclusiva, in verbis: “Para os fins do art. 20 da Lei n.º 8.906/94, considera-se dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho”. Verifica-se, portanto, que a jornada em dedicação exclusiva constitui exceção à regra geral e, portanto, não se presume, exigindo ajuste formal entre as partes. Assim, o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, ao definir o conceito de dedicação exclusiva, confirmou o que dispõe o artigo 20 da Lei nº 8.906/94 acerca da obrigatoriedade da previsão contratual expressa para a configuração do regime de dedicação exclusiva para o advogado empregado. Nesse contexto, conforme entendimento consagrado na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, para se configurar a hipótese de dedicação exclusiva, para os empregados admitidos após a edição da Lei nº 8.906/94, tornou-se exigível a cláusula expressa como condição essencial à caracterização do regime de dedicação exclusiva. In casu, incontroverso nos autos que o reclamante foi admitido em agosto de 2006, após, portanto, a edição da Lei nº 8.906/94. Por outro lado, o Tribunal de origem concluiu tratar-se a hipótese dos autos de dedicação exclusiva, ao fundamento de que “o fato de não haver sido registrado por escrito em seu contrato de trabalho que haveria dedicação exclusiva à empresa, não significa que esta tenha sido tácita, mormente quando o próprio recorrente assevera que laborava por quase doze horas diárias, numa evidente circunstância de impossibilidade de dedicar-se a outra atividade”. Extrai-se, portanto, da decisão regional que não houve cláusula expressa a respeito do regime de dedicação exclusiva, visto que se presumiu a sua existência em função de o autor ter sido contratado para trabalhar quase doze horas diárias. Assim, não havendo, no contrato de trabalho do autor, previsão expressa acerca do regime de dedicação exclusiva, aplica-se a jornada de trabalho de quatro horas diárias, sendo devidas, como extras, as horas laboradas além da quarta diária.



(Processo: RR – 127700-11.2009.5.01.0221 Data de Julgamento: 09/04/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014)

Embora essa deva ser a melhor conclusão, esses julgados não penetram no cerne da questão principal que possibilita essa interpretação, qual seja, a regulamentação realizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao regime de jornada de trabalho e dedicação exclusiva dos advogados empregados extrapolou os limites conferidos pela Lei, já que foi promovido um esvaziamento da legal por uma norma que deveria apenas regular, ou seja, o Conselho Federal atuou, em última análise, como legislador, revogando indiretamente o art. 20, caput. Em concepção similar, Sady (2005) critica a adesão da jurisprudência na época ao previsto no regulamento da seguinte forma:

Esta decidida adesão àquela redação absurda, data máxima venia concessa, constituía um grave equívoco jurídico. A lei permitia o excesso à jornada nela fixada, em caso de dedicação exclusiva, sendo que, o Regulamento não poderia definir tal fenômeno como sendo, simplesmente, o excesso à jornada fixada na lei.

Assim, embora não ingresse adequadamente na problematização aqui trazida, o atual entendimento do TST corresponde, quanto às suas consequências, à melhor interpretação das disposições legais.

4.3 O Terceiro Marco: os contratos celebrados de 12 de dezembro de 2000 até os dias atuais

Durante esse período, o Estatuto da Advocacia manteve-se igual, assegurando a jornada de 20 (vinte) horas semanais, salvo dedicação exclusiva ou negociação coletiva, nos seguintes termos:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

Agora o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, finalmente, possui uma redação coerente e que respeita, acima de tudo, o bom senso, a razão e o Direito. Passou a distinguir claramente “dedicação exclusiva” de “jornada de trabalho”, já que efetivamente são conceitos absolutamente diferentes, exigindo, ainda, que a cláusula de dedicação exclusiva venha expressa, aliás, como há de ser em qualquer contrato, até mesmo no civil, quanto mais no trabalhista, que é voltado para a proteção ao trabalhador. Nesse sentido da necessidade de previsão expressa até na seara civilista, segue julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS
- DESCUMPRIMENTO DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL EM CON-

TRATO DE DISTRIBUIÇÃO - SENTENÇA REJEITANDO O PEDIDO. INSURGÊNCIA DA AUTORA - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO VERBAL ANTERIOR AO ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - CONTRATO ATÍPICO, SOB A ÉGIDE DO CC/1916 - UTILIZAÇÃO, POR ANALOGIA, DA DISCIPLINA JURÍDICA N. 4.886/65 (LEI DE REPRESENTAÇÃO) PARA SE VERIFICAR O DIREITO DA AUTORA EM EXPLORAR EXCLUSIVAMENTE DETERMINADO TERRITÓRIO - NECESSIDADE DE CLÁUSULA EXPRESSA (ART. 31 DA LEI 4.886/65)- AUSÊNCIA DE PROVA NO SENTIDO DA EXCLUSIVIDADE - ÔNUS DA AUTORA (ART. 333, I, DO CPC)- INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DESPROVIDO. No contrato de distribuição anterior ao Código Civil de 2002, escrito ou verbal, a exclusividade de zona deve ser expressa, isto é, manifestada por meio de cláusula escrita, não se admitindo a manifestação tácita da vontade, nem mesmo o silêncio circunstanciado. Cabe à parte autora a produção das provas suficientes à satisfação de sua pretensão, nos precisos termos do art. 333, inciso I, do CPC.

(TJ-SC - AC: 26943 SC 2008.002694-3, Relator: Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Data de Julgamento: 09/12/2010, Terceira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Blumenau)

Assim, passou a prever acertadamente o novo Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia que a dedicação exclusiva precisa estar expressamente prevista em contrato individual de trabalho, sob pena de não ser viável o seu reconhecimento. Segue transcrita a nova disposição:

Art. 12. Para os fins do art. 20 da Lei nº 8.906/94, considera-se de dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho.

Parágrafo único. Em caso de dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas diárias.

Por seu turno Sady (2005) destaca que essa mudança no Regulamento Geral decorreu principalmente de movimentos da classe profissional, que questionou insistentemente tal disposição. Outra não poderia ser a reação. Afinal, como observado, profissionais que trabalham com o Direito tiveram seus direitos violados pelas normas instituídas pelo Conselho Federal da Ordem que os devia proteger. Segue transcrição do mencionado doutrinador:

[...] Com efeito, tamanho absurdo, foi sendo objeto de contínuo repúdio pela classe dos advogados e, após anos de questionamentos formulados a partir do Sindicato dos Advogados de São Paulo, mais tarde, endossados pela Seccional de São Paulo da OAB, a redação foi modificada em 12.12.2000, quando foi publicada no DJU nova resolução do Conselho Federal da OAB [...].



A dedicação exclusiva não decorre, finalmente, da fixação da jornada de trabalho até 40 h (quarenta horas), o que, aliás, deveria ser óbvio, pois necessita de previsão expressa em contrato de trabalho, para os advogados empregados. Nesse sentido, seguem dois julgados bem esclarecedores, ainda que indiquem um posicionamento cronologicamente restrito dos direitos dos advogados, quando confrontado com o mais recente julgado do TST:

HORAS EXTRAS. ADVOGADO ADMITIDO APÓS A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 12 DO REGULAMENTO GERAL DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA EM CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. DEVIDAS COMO EXTRAS AS HORAS TRABALHADAS ALÉM DA 4ª HORA DIÁRIA. Discute-se, nos autos, se o regime de dedicação exclusiva pode ser presumido ou deve ser ajustado expressamente, na hipótese de o autor ter sido admitido após a alteração do artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Ordem dos Advogados, em 12/12/2000. A Lei nº 8.906/1994, em seu artigo 20, dispõe que -a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva-. Por outro lado, o artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, por sua vez, prevê o que vem a ser o regime de dedicação exclusiva, in verbis : -Para os fins do art. 20 da Lei n.º 8.906/94, considera-se dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho-. In casu , o Tribunal de origem concluiu tratar a hipótese dos autos de dedicação exclusiva, ao fundamento de que -os reclamados comprovaram ter contratado o reclamante para trabalhar das 08h às 18h, com duas horas de intervalo, de segunda a sexta-feira-, bem como de que a -fixação da jornada contratualmente cria a presunção relativa de que, naquele período, o trabalhador somente poderá trabalhar para quem o contratou-. Entendeu, ainda, a Corte regional que -o art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB interpretado em conjunto com o art. 20 da Lei nº 8.906/1994, ao contrário do que defende o reclamante, não pressupõe figurar no contrato de trabalho cláusula sobre o regime de dedicação exclusiva -. Contudo, nos termos da jurisprudência desta Corte, após a alteração do artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Ordem dos Advogados, em 12/12/2000, tornou-se exigível a cláusula expressa como condição essencial à caracterização do regime de dedicação exclusiva, não havendo falar na mera presunção de sua existência. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 510008620075030001 51000-86.2007.5.03.0001, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. [...] 2. HORAS EXTRAS. ADVOGADO. JORNADA REDUZIDA. ART. 20 DA LEI Nº 8.906/94. PERÍODO POSTERIOR À ALTERAÇÃO DO ART. 12 DO REGULAMENTO GERAL DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB. A Lei nº 8.906/94, em seu artigo 20, -caput-, dispõe que -a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de

dedicação exclusiva-. Como, à época em que o reclamante prestou serviços à ré (2008/2009), à luz da alteração introduzida no art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, em dezembro de 2000, já havia a necessidade de previsão contratual expressa para a adoção do regime de dedicação exclusiva, impõe-se o pagamento das horas extras que excedam à quarta diária e vigésima semanal. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - ARR: 1820001920075020041 182000-19.2007.5.02.0041, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

A matéria de Direito, portanto, está atualmente pacificada no âmbito do TST, a Corte Trabalhista mais elevada. Ademais, não há outra interpretação legítima possível acerca dos direitos conferidos aos advogados empregados após esse marco. Admite-se, ainda, alguma controvérsia referente aos contratados antes do ano 2000, mas, mesmo quando tratou recentemente desses casos, o TST entendeu similarmente ao previsto para o terceiro marco, embora não adentre na problematização adequadamente, como já comentado no tópico 4.2.

Ou seja, para haver dedicação exclusiva, atualmente, há de ter previsão expressa em contrato de trabalho. Destaca-se: expressa, jamais implícita ou presumida. É o que determinam claramente as normas elencadas e, até mesmo, todos os mais recentes julgados do TST.

5 DOS ADVOGADOS EMPREGADOS EM BANCOS

Uma questão interessante surge acerca dos advogados empregados contratados para trabalhar em instituições bancárias. Afinal, há duas disposições especiais acerca da jornada de trabalho, as quais não necessariamente são conflitantes, a saber: a jornada especial do advogado empregado já exaustivamente examinada e a do bancário.

Nesse sentido, muitos pedidos são levados ao Poder Judiciário, nos quais se requer seja reconhecida a jornada extraordinária a partir da sexta, mesmo no caso de advogado contratado mediante dedicação exclusiva.

Esses pedidos fundamentam-se no art. 224, da CLT, que fixa a jornada especial do empregado de estabelecimento bancário, limitando-a a 6 (seis) horas semanais. Para melhor ilustrar, segue transcrito:

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

Três interpretações são possíveis desse conflito, a saber: a) prevalece a jornada prevista para advogados; b) prevalece a jornada prevista para bancários; c) integram-se as duas disposições para beneficiar o empregado.



Sem disposição legal expressa acerca do assunto, o Poder Judiciário possui maior amplitude discricionária para resolver esse conflito, porquanto deverá socorrer-se de princípios, que, consoante ensina Dimoulis (2006, p. 61), possuem baixa densidade normativa. Nesse sentido, segue transcrito:

A análise das normas jurídicas sob a ótica de sua densidade normativa vislumbra diferenças no grau de concretude e indica que os responsáveis pela concretização do direito possuem maior discricionariedade quando aplicam normas abstratas e vagas, como são tipicamente os denominados princípios.

Assim, em decorrência da situação excepcional de lacuna legislativa, é legalmente prevista a possibilidade de socorrer-se dos princípios, com fundamento no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido, segue transcrição: “Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Dito desse modo, o TST fixou entendimento no sentido de prevalecerem as disposições especiais dos profissionais liberais em seus estatutos nos casos em que haja sopesamento entre estes e o regime bancário. Veja:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS - JORNADA DE TRABALHO - ADVOGADO BANCÁRIO - DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. O advogado empregado de banco que exerce atribuições inerentes à advocacia não se enquadra no artigo 224 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois, sendo profissional liberal, se equipara aos membros de categoria diferenciada, uma vez que exerce atividade regulada em estatuto profissional próprio, devendo observar a regulamentação de jornada específica de sua categoria, que se encontra prevista na Lei nº 8.906/94. Assim, configurada a dedicação exclusiva, “serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas diárias” (parágrafo único do artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB). Desse modo, nos termos da jurisprudência desta Corte, a reclamante não faz jus ao pagamento de horas extras além da sexta hora diária. Recurso de revista conhecido e desprovido. DIFERENÇAS SALARIAIS - EQUIPARAÇÃO (violação dos artigos 7º, XXXII da CF/88, 333, II do CPC e 461 da CLT, além de contrariedade à Súmula 06, VIII do TST). Não demonstrada a violação de dispositivo de lei federal ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas a e c do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 6971005920085120035 697100-59.2008.5.12.0035, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma)

Particularmente, por ser o principal princípio informador do Direito do Trabalho o da proteção ou tutela do empregado, essa decisão jurisprudencial prevalecente é criticável. Afinal, em caso de fundada controvérsia, o sopesamento deve tender para interpretação a favor dos empregados. Nesse sentido, destaca-se a seguir o ensinamento de Cesarino Júnior (1957, p. 112) acerca do aspecto *in dubio pro operario* do referido princípio:

Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador.

6 Da Conclusão

Assim, conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) adotou uma interpretação, recentemente, dos artigos referentes à jornada de trabalho e à dedicação exclusiva que correspondem ao que melhor determina o Direito.

Em outros termos, diferencia claramente os conceitos de jornada de trabalho e de dedicação exclusiva, exigindo que conste expressamente no contrato individual de trabalho que o advogado empregado está sujeito à dedicação exclusiva para que possa o empregador dele exigir uma jornada de trabalho superior a 20 (vinte) horas semanais.

Na verdade, embora houvesse e, por incrível que pareça, ainda haja julgados em sentido diverso em outros Tribunais, não há outra causa imputável que não seja uma força ideológica, como bem apontado por João José Sady, já no ano 2005, no artigo “Os absurdos que definem a jornada de trabalho do advogado - quando 20 = 40”.

Afinal, os dispositivos normativos são excessivamente claros e, mesmo que não fossem, até nas relações civilistas, a dedicação exclusiva há de constar expressamente no contrato, jamais pode ser presumida ou implícita, o que significa que confundir os dois conceitos trata-se de uma interpretação que, forçosamente, deseja esvaziar o previsto no art. 20, caput, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica** ; trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 4ª ed. Revista, 2008.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social v. 1**. São Paulo: Saraiva, 1957.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico : introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo : Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes ; v.2).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** ; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SADY, João José. **Os absurdos que definem a jornada de trabalho do advogado - quando 20 = 40**. Revista Consultor Jurídico, 11 jan. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-11/absurdos_definem_jornada_trabalho_advogado>. Acesso em: 16 jun. 2014.

Decisões



A uma, porque o vício de julgamento ultra petita não enseja a nulidade da decisão, mas tão somente, e se for o caso, o ajuste da sentença. A duas, porque o magistrado não está adstrito ao quantum indenizatório postulado pelo autor, de sorte que, no caso concreto, não houve ofensa ao princípio da congruência.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Sustenta a recorrente a incompetência absoluta desta Especializada para processar e julgar a demanda relativa à reparação civil por dano moral em ricochete.

Descabida a arguição.

Impende registrar que o tema da competência relativa à demanda indenizatória já foi analisado pelo STF (CC 7.204-1/MG), que, em sua composição plenária e à unanimidade de votos, confirmou a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar demanda proposta contra o empregador, objetivando a reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional/ocupacional a ele equiparada, inclusive a partir do advento da EC 45.

Nesse diapasão, o TST editou a Súmula 392, nos seguintes termos:

“DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas”.

Ademais, O STF julgou, em 3/6/2009, o Conflito de Competência n. 7.545, tendo decidido, por unanimidade, nos termos do voto do ministro relator Eros Grau, pela competência desta Especializada para julgar pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho fatal formulados por dependentes da vítima.

Observe-se que a abrangência da competência da Justiça do Trabalho quanto aos danos morais em ricochete, sofridos pelos sucessores do empregado falecido em decorrência de acidente de trabalho, também já restou pacificada no TST. Veja-se:

“RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO - ÓBITO DO EMPREGADO - AÇÃO AJUIZADA PELOS GENITORES. Esta Corte pacificou o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar pedido de indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. Neste sentido, foi editada a Súmula nº 392 do TST. In casu, trata-se de pedido de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho ocorrido com o empregado, que resultou em sua morte,

pedido esse feito por seus genitores (reclamantes nestes autos), contra o empregador. Portanto, o pedido deriva do contrato de trabalho. Logo, o caso dos autos é de dano moral indireto ou reflexo, denominado pela doutrina como -dano moral por ricochete-, que é aquele sofrido por terceiro, como reflexo de uma lesão sofrida pela vítima imediata, no caso, o empregado falecido. Ou seja, é a repercussão de uma lesão por meio de danos que ultrapassam a esfera da vítima. Outrossim, o artigo 114, VI, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelece expressamente a competência desta Especializada para o julgamento de ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. Assim, tratando-se de discussão decorrente da relação do trabalho, em que a causa de pedir da indenização foi justamente o acidente de trabalho sofrido pelo empregado durante a prestação dos serviços, por aplicação estrita do artigo 114, VI, da Constituição Federal, a competência é da Justiça do Trabalho, ainda que o deslinde da controvérsia envolva normas de Direito Civil. Incidência do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece. (...)” (RR - 51900-19.2008.5.09.0017 , Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 19/2/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7/3/2014).

AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO

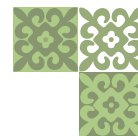
Argui a recorrente a ausência de constituição e desenvolvimento válido do processo, decorrente de a parte autora não ter diligenciado a devida representação do de cujus. Narra que o acórdão deste Regional reformador da primeira sentença, que havia extinguido o processo sem resolução de mérito em virtude da inércia da parte autora em comprovar a abertura do processo de inventário e indicar uma inventariante, apenas poderia beneficiar a segunda reclamante, única que interpôs o apelo. Destaca que se tratam de demandas diversas, reunidas por conexão, e que, na segunda sentença, o a quo julgou improcedente a demanda quanto à segunda autora, deferindo parcelas apenas para a primeira.

Pelos mesmos fatos, a primeira recorrente, no seu apelo, suscita a ilegitimidade das autoras, merecendo exame conjunto os recursos.

Improcede a pretensão recursal das reclamadas.

De logo, impende destacar que a legitimidade é condição de ação que se afere conforme a teoria da asserção, concluindo-se pela pertinência subjetiva das autoras quanto à presente demanda.

O presente tema já restou analisado no âmbito deste Regional, com minha relatoria quando integrava a 6ª Turma, como se observa do acórdão de fls. 471/473, no qual, inclusive, há expressa menção acerca da regularidade da representação processual quanto a ambas as autoras, sendo irrelevante a circunstância de apenas uma ter recorrido, já que houve a reunião dos processos, passando a existir litisconsórcio ativo, ulterior e simples.



De toda sorte, repiso que o recebimento dos créditos trabalhistas pelos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou sucessores do de cujus prescinde de inventário ou arrolamento, a teor do que dispõe a Lei n. 6.858/1980.

As autoras, considerando as alegações abstratas das iniciais, são esposa e companheira, portanto, sucessoras legítimas, primeiras na ordem de vocação hereditária, conforme art. 1.829, inciso I, do Código Civil, não havendo que se falar em irregularidade de representação.

Evidentemente que, noticiada, nos autos, a existência de cinco filhos do empregado falecido (fl. 7), eventual liberação de valores relativos a créditos trabalhistas em sentido estrito deve ser precedida da habilitação deles, questão afeta apenas à execução, como já determinado na sentença (fl. 755).

DANO MORAL

Esta matéria é comum aos apelos das reclamadas, de sorte que a examinarei na extensão das impugnações deduzidas à sentença por elas.

Investem as acionadas contra a sentença no ponto em que deferiu indenização por danos morais à primeira autora. Alegam que não concorreram culposamente para o infortúnio. Não descuidam de insistir que o acidente ocorreu por fato exclusivo do trabalhador.

Destacam, ainda, que a autora MARISE FERREIRA SANTOS, embora casada com o de cujus, com ele não convivia na época do acidente, tendo, inclusive, confessado que ele tinha uma “relação amorosa” com a segunda autora LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA na qualidade de “namorada”.

Subsidiariamente, almejam a redução do quantum indenizatório.

Pois bem; nas iniciais, as autoras narram que o empregado falecido Djalma Barbosa Santos foi contratado pela segunda reclamada para prestar serviços de limpeza em benefício da primeira reclamada, e que, em 3/3/2005, teria sido vítima de acidente de trabalho, cosubstanciado em explosão provocada por produtos químicos, ocorrido nas instalações da empresa tomadora de serviços, levando-o a óbito em 6/3/2005.

A ocorrência do acidente de trabalho, inclusive quanto ao seu local, foi admitida pelas reclamadas, que cogitam do rompimento do nexo de causalidade em razão do suposto fato da vítima.

O acidente de trabalho, conforme preceitua o art. 19 da Lei 8.213/1991, “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. Este conceito refere-se ao acidente típico, decorrente do próprio exercício da atividade laboral, e que, no caso, foi sofrido pelo empregado falecido.

In casu, veja-se que o de cujus trabalhava sujeito a risco, já que das próprias defesas extrai-se que um dos locais de trabalho do autor, como aquele onde ocorreu o infortúnio, havia corte por maçarico e armazenamento de produto extremamente inflamável, potencializando o risco de incêndio, circunstância que atrai, conseqüentemente, a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Decerto, como bem destaca o enunciado 447 da V Jornada de Direito Civil, divulgado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, “A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência”.

Dentre as várias modalidades de risco de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, Sérgio Cavalieri Filho elenca o risco profissional (Programa de Responsabilidade Civil, 3ª Edição, Malheiros), que, na dicção de Paulo Sérgio Gomes Alonso, “cuida do risco pertinente à atividade laboral na relação jurídica de vínculo empregatício que se forma entre o empregador e o empregado” (Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva, pág. 61, Saraiva, 2000). No mesmo sentido esclarece Sebastião Geraldo de Oliveira, ao asseverar que “se a exposição do trabalhador estiver cima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, porquanto, nessa hipótese, foi o exercício do trabalho naquela atividade que criou esse risco adicional. Em outras palavras, consideram-se de risco, para fins da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, as atividades que expõem os empregados a uma maior probabilidade de sofrer acidentes, comparando-se com a média dos demais trabalhadores” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 127).

Nesse diapasão, o reconhecimento da responsabilidade da parte reclamada, no caso concreto, independe da prova de culpa, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o acidente sofrido pelo obreiro falecido e o trabalho prestado, conforme defendido pela teoria da responsabilidade objetiva, que adoto. Tenho, pois, que a presença do dano e da relação de causalidade é bastante para que as reclamadas devam suportar a compensação buscada à luz da teoria da responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa, que passa a ser importante, pelo seu grau (grave, leve e levíssima), apenas para a definição do quantum indenizatório dos danos morais.

Na espécie, parece-me fora de dúvida razoável que o evento morte causa dano ao patrimônio imaterial do trabalhador, assim como ao dos seus sucessores, aqui pela teoria do dano em ricochete.

Em verdade, a questão tormentosa que se apresenta tem a ver não com o dano, indubitavelmente presente, mas sim com o nexo causal, considerando a alegação de fato exclusivo da vítima pelas reclamadas.

Ora, o a quo, acertadamente, afastou a alegação de “culpa” exclusiva da vítima, pois, diante de toda a documentação trazida aos autos, vê-se, claramente, que não havia meca-



nismo capaz de impedir ou atenuar a possibilidade de ocorrência do acidente, merecendo transcrição a sentença, no particular:

“(…)Documento de grande relevância, no entender deste Juízo, constante dos autos, fls. 215 e ss, juntado pela segunda Reclamada, consiste no ‘Documento Técnico nº014/2005, de Investigação do Acidente com Óbito na Empresa MOSCA – Sistema Mopp de Limpeza e Serviços Ltda, Prestadora de Serviços da GERDAU Açominas S.A.’, elaborado pelo Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador – CESAT, segundo o qual (fl. 219), ‘a bombona do Solvax ficava sempre disposta junta a bancada, ao lado do local onde ocorreu o acidente. Na avaliação preliminar de riscos, este item deveria ter sido considerado, pois, a operação no setor de laminação já envolve rotineiramente aquecimento de metal. Ademais, durante a manutenção no dia do acidente, tem-se como agravante o fato da operação de corte de maçarico gerar bastante fagulhas e mesmo caso não tivesse havido a transferência do solvente, existia o risco de atingir a própria bombona por estar próximo’ (grifo acrescido ao original).

Tal documento foi, ainda, bastante esclarecedor quanto ao filme que gravou o acidente, mencionado pela defesa da segunda Ré. Segundo o mesmo, ‘o filme mostra cronologicamente o horário da filmagem, porém a qualidade das imagens não permite uma clara distinção das pessoas envolvidas. Segundo informação obtida do preposto, (...) as bombonas de Biodrax100 teriam sido dispostas por este trabalhador (Djalma Barbosa Santos) juntas a outra bancada também próxima do local do acidente. Pelo filme, observou-se que às 9h45min, um trabalhador com fardamento da MOPP (não foi possível identificar se era o próprio vitimado) colocou uma bombona também branca, junto a uma outra bancada. (...) Por volta das 10h35min, D.B.S. (Djalma Barbosa Santos) chega ao local, pega um galão na cor branca (no filme não é possível identificar o rótulo) que se encontrava junto à bancada, próxima a escada de acesso e que ficava a menos de três metros do local onde estava sendo feito o serviço de corte (fotos 1 e 2). Logo em seguida, o trabalhador vitimado inicia a transferência do conteúdo do galão para um recipiente de menor volume quando ocorre (poucos segundos após) a reação de combustão e fortes chamas.’ (grifos acrescidos ao original).

O estudo segue ainda informando que ‘as bombonas de solvente Solvax200 e do detergente líquido (Biofrax100) possuem rotulações bastantes semelhantes na parte frontal e mesma coloração. No momento do acidente as bombonas estavam separadas uma da outra por uma distância de aproximadamente dois metros. Não havia no local do acidente nenhuma sinalização alertando da existência de bombona com produto inflamável, no entanto, a bombona se encontrava neste local possibilitando o fácil acesso a qualquer pessoa.’ (grifos acrescidos ao original).

De fato, tal estudo se mostrou bastante esclarecedor e se coaduna com as demais provas dos autos que apontam para uma conduta irresponsável, sim, mas não do obreiro vitimado, mas da sua ex-empregadora e daquela que se beneficiou de seus serviços por tantos anos, a tomadora de serviços. A justificativa apresentada pelas Reclamadas de que o acidentado foi ao almoxarifado pegar o desengraxante e o levou ao setor onde iria trabalhar e, logo depois, cerca de al-

guns minutos, não lembrasse mais de usá-lo e foi em direção a outra bombona, contendo solvente para utilizá-lo, não se mostra nem um pouco convincente.

De certo, a conclusão do estudo em comento se mostra muito mais aceitável e plausível, de que havia uma bombona no local do serviço de limpeza (Solvax200) que se assemelhava bastante com a que o acidentado estava acostumado a trabalhar contendo o detergente (Biodrax100), e, assim, pegou tal bombona imaginando tratar-se deste detergente, e derramou o seu conteúdo no recipiente menor, e cerca de poucos segundos, não dando tempo nem mesmo de perceber que era o produto errado, o fogo começou, tomando todo o seu corpo. É possível, inclusive, que o obreiro nem soubesse da existência de um produto altamente inflamável, chamado Solvax, com embalagem idêntica ao que ele costumava usar – Biodrax”. (sic, fls. 750v/751v – grifos do original)

Destarte, não há provas de negligência do empregado falecido quanto ao procedimento de retirada do produto que deveria usar na limpeza, Biodrax100, ao passo em que restou comprovado o fácil acesso a outro produto, de embalagem semelhante, mas altamente inflamável, Solvax200, sem qualquer evidência de conduta imprudente do obreiro, não sendo o caso de reconhecimento de fato exclusivo da vítima, tampouco de culpa concorrente.

Afastada a tese de fato exclusivo da vítima, calha consignar, porque oportuno, que, mesmo que não acolhida a referida teoria da responsabilidade objetiva, no caso remanesceria o dever de indenizar.

Com efeito, a culpa da parte reclamada reside em não manter o ambiente de trabalho adequadamente seguro, como bem examinou o magistrado a quo, in verbis:

“(…)

De fato, tal estudo se mostrou bastante esclarecedor e se coaduna com as demais provas dos autos que apontam para uma conduta irresponsável, sim, mas não do obreiro vitimado, mas da sua ex-empregadora e daquela que se beneficiou de seus serviços por tantos anos, a tomadora de serviços. A justificativa apresentada pelas Reclamadas de que o acidentado foi ao almoxarifado pegar o desengraxante e o levou ao setor onde iria trabalhar e, logo depois, cerca de alguns minutos, não lembrasse mais de usá-lo e foi em direção a outra bombona, contendo solvente para utilizá-lo, não se mostra nem um pouco convincente.

De certo, a conclusão do estudo em comento se mostra muito mais aceitável e plausível, de que havia uma bombona no local do serviço de limpeza (Solvax200) que se assemelhava bastante com a que o acidentado estava acostumado a trabalhar contendo o detergente (Biodrax100), e, assim, pegou tal bombona imaginando tratar-se deste detergente, e derramou o seu conteúdo no recipiente menor, e cerca de poucos segundos, não dando tempo nem mesmo de perceber que era o produto errado, o fogo começou, tomando todo o seu corpo. É possível, inclusive, que o obreiro nem soubesse da existência de um produto altamente inflamável, chamado Solvax, com embalagem idêntica ao



que ele costumava usar – Biodrax.

O laudo pericial, juntado aos autos às fls. 533 e ss., registra que ‘na mesma ocasião e na mesma área operacional estavam sendo realizados serviço de manutenção mecânica programada no equipamento acima mencionado, inclusive com a execução de trabalhos a quente, do tipo corte e soldagem, com mantenedores fazendo uso de maçaricos, havendo nas imediações embalagem do produto denominado de Solvax200, solvente destinado à limpeza de componentes mecânicos e de uso habitual por parte dos operadores da área, as embalagens dos dois produtos possuindo o mesmo aspecto externo, capacidade volumétrica e coloração, a diferença estando apenas nos rótulos afixados nas superfícies das bombonas.’ (grifo acrescido).

O laudo do assistente técnico, registre-se, é imprestável como meio de prova, pois mostrou-se bastante parcial e tendencioso a afastar qualquer responsabilidade das Reclamadas, inclusive afirmando que o acidentado teria pego no almoxarifado o produto Solvax200, fato que não foi alegado por nenhuma das Reclamadas.

É inaceitável que as empresas envolvidas permitissem a utilização ou mesmo o armazenamento de um produto altamente inflamável, inclusive com o calor, como elas mesmas explicam em suas defesas, o Solvax200, em um local onde a atividade rotineira exige a utilização de maçarico ou qualquer outro mecanismo que provoque combustão. Ainda mais inaceitável que o mesmo produto possua embalagem parecida com outro, não perigoso, frequentemente utilizado pelo pessoal da limpeza. Tal produto, no mínimo, deveria ser bastante sinalizado de forma a chamar atenção para o seu perigo de combustão. Qualquer empregado estaria sujeito a se equivocar entre os produtos e vir a óbito, como ocorreu com o Sr. Djalma Barbosa Santos, tendo sido o acidente que o vitimou um infortúnio anunciado. E tal equívoco não exime as Reclamadas de sua responsabilidade.

Tanto isso é verdade que, como destacou o estudo feito pelo CESAT, a empresa Reclamada, primeira Ré, após o acidente em questão, suspendeu o uso de solventes inflamáveis em toda a área operacional, ao avaliar o risco de outros acidentes semelhantes, em razão da operação envolver o aquecimento de metais, possíveis lançamentos de fagulhas e projeção de material aquecido (fl. 220). Sendo assim, a empresa negligenciou na questão segurança, ao permitir a presença em um local de atividade de risco – corte com maçarico – de um solvente inflamável (Solvax200).

Ademais, primeira Reclamada, em sua defesa, faz um relato minucioso do ‘passo a passo’ da vítima no dia do acidente sem fundamentar como conseguiu tirar tais conclusões. Nem se diga que foi da fita que gravou todo o acidente, mencionada pelas partes, posto que no relatório da CESAT restou claro que as imagens não estavam nítidas, não dando nem mesmo para identificar qual foi o empregado da segunda Reclamada que levou as bombonas de Solvax200 para o local do acidente.

Alias, quanto a tal fita, não poderia a Ré permitir, diante da gravidade do ocorrido, e se tais imagens realmente atestassem a culpa exclusiva do obreiro, que tal

fita se extraviasse, ainda mais sabendo que poderia ser responsabilizada pelo acidente. É inaceitável o sumiço de tal fita, diante de sua relevância. Deve, portanto, a Ré arcar com o ônus de sua desatenção com uma fita tão relevante, presumindo-se que não tinha interesse de que suas imagens fossem divulgadas.

Ainda, analisando as provas dos autos, no que tange ao depoimento dos prepostos das Reclamadas (fls. 653/654), facilmente verifica-se o quanto divergem sobre os fatos do dia do acidente. Enquanto o preposto da primeira afirma que o armário onde se encontrava a bombona de Solvax200 distava cerca de quinze metros do local do acidente e que as bombonas de Solvax e Biodrax estavam distantes uma da outra cerca de dez metros; o preposto da segunda Reclamada afirma que o Solvax estava em uma bancada, e não dentro de armário, e próxima ao local do acidente, distando uma bombona da outra cerca de cinco metros. Ainda, o preposto da primeira afirma que no local onde o acidentado depositou as bombonas do desengraxante, ou nas proximidades, 'não havia outras bombonas', contrariando a defesa da primeira Reclamada que afirma que o acidentado colocou o Biodrax ao lado das bombonas de Solvax. Ambos os prepostos afirmam também que o maçarico era utilizado eventualmente no local do acidente, enquanto que a defesa afirmou, como acima relatado, que tal utilização era constante e rotineira.

Outra alegação de grande incongruência, feita pelo preposto da segunda Reclamada, corresponde àquela em que afirma que os produtos Solvax e Biodrax não fazem partes dos produtos utilizados pela segunda Ré, contrariando todas as defesas e alegações feitas até então pelas empresas, que sempre afirmaram que o acidentado utilizava em suas atividades diárias o Biodrax. Da mesma forma, a primeira testemunha da segunda Reclamada afirma que o de cujus não tinha autorização para utilizar também o Biodrax (fl. 741 verso). Verifica-se, assim, que as teses defensivas não se mostram congruentes umas com as outras.

No mesmo sentido do estudo do CESAT, o relatório elaborado pelo Auditor do Trabalho que acompanhou as investigações relacionadas ao acidente, ouvido como testemunha do Juízo, conforme ata de fl. 698/700, registra que as embalagens de ambos os produtos eram quase idênticas (fl. 713). Ainda, relacionou como causas do acidente: estocagem de materiais inadequada/insegura/perigosa; falha na antecipação/detecção de risco/perigo; falta ou inadequação de análise de risco da tarefa; circulação de informações deficiente entre contratante e contratada (fl. 712).

Diante de todo exposto, em nenhuma hipótese pode-se acolher a tese de culpa concorrente, muito menos de culpa exclusiva da vítima. A culpa lato sensu repousa exclusivamente sobre as rés, e no caso em tela envolve o direito à vida, no sentido de que cabia às empresas manter a segurança dos seus empregados no local de trabalho, o que não foi diligenciado.

De todo o exposto, conclui-se que o acidente que resultou na morte do de cujus é inquestionável; que este acidente ocorreu no exercício das funções laborais, também não resta dúvida. Há, portanto, nexos causal entre a atividade exercida e o dano ocorrido. Quanto à culpa – negligência – do empregador e tomador, deriva das condições de insegurança existentes no ambiente de trabalho da vítima no momento do acidente, como se extraiu das provas produzidas e con-



forme acima fundamentado.

Assim, verificado o dano, onexo causal e definida a responsabilidade pelo ato ofensor (culposo), resta fixar a indenização. (...)” (sic, fls. 751v/753 – destaques do original)

Observe-se que, ao contrário do defendido pelas recorrentes, não houve o armazenamento do produto altamente inflamável de acordo com as regras estabelecidas pela Norma Regulamentadora n. 20, sobretudo quanto ao controle de fontes de ignição (item 20.13.4).

Outrossim, malgrado o local de depósito do solvente inflamável fosse próximo ao ambiente de aquecimento de metais, a parte reclamada não comprovou a adoção da sinalização de segurança prescrita na Norma Regulamentadora 26, sobretudo quanto à delimitação e identificação da área (item 26.1.2), de rotulagem preventiva (itens 26.2.2.1 e 26.2.2.2) e de treinamento adequado para identificação, pelo trabalhador, do produto perigoso (item 26.2.4).

Impende salientar que, não bastasse o acidente ter ocorrido nas dependências da tomadora, o que já autorizaria a sua responsabilização (inclusive de forma solidária), a indenização por danos morais também é abrangida pela responsabilidade subsidiária prescrita na Súmula 331 do TST, conforme item VI.

Ademais, saliento que a NR 20 prevê a responsabilidade tanto da empregadora quanto da tomadora pela adoção das medidas de segurança (item 20.16).

No que toca ao dano moral, é importante assinalar que a satisfação pecuniária que se busca, diante da impossibilidade de ressarcir o sofrimento causado aos sucessores do ofendido, possui caráter pedagógico e preventivo, e objetiva, com a sanção, desestimular a reincidência no ato ilícito. Orlando Gomes define o dano moral como “o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilícitamente produzida por outrem”, observando, “porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento.” (Obrigações, págs. 271/272, Forense, 11ª Edição, 1997), embora o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso X) se refira à indenização do dano moral.

Esse “mal evidente”, expressão que o Min. Francisco Rezek cunhou acerca do delineamento da noção de dano moral quando do julgamento do processo STF-RE-172720-2ª-Turma, tendo Relator o Min. Marco Aurélio, que não exige que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo, busca reparação que se transforma, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana, até porque, “seria exigir prova diabólica, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo: o dano moral.” (TARS, 1ª CC, Ap. Civ. 194.210.266, Rel. Des. Ari Darci Wachholz, julg. em 18/4/1995).

Daí assegurar, com propriedade, Maria Celina Bodin de Moraes, que “O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instruída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade.” (Danos à Pessoa Humana, págs. 132/133, Renovar, 2003).

Ostenta a indenização por dano moral “um nítido caráter punitivo ao ofensor, destinado a inibir ou desencorajar, pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência na ofensa a bens preciosos da personalidade objeto de tutela jurídica.” (João Oreste Dalazen, *Júris Síntese* nº 24, pág. 10, julho-agosto/2000). Na espécie, sem dúvida, foi atingida a integridade física do empregado e psíquica dos seus familiares em virtude do falecimento, maculando, em consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana e a integração social.

Deve-se verificar, agora, a existência do dano em ricochete, atentando-se que as autoras não vindicaram indenização pelo dano sofrido pelo empregado falecido, sobejamente comprovado, limitando-se a pleitear a compensação pelo dano próprio (dano em ricochete).

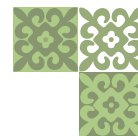
E, quanto a este aspecto, também devem ser analisadas as razões recursais da reclamante LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA.

Em relação à autora MARISE FERREIRA SANTOS, sua condição de viúva restou devidamente comprovada, tendo apresentado certidão de casamento lavrada em 16/3/2005, indicando a ocorrência do matrimônio em 22/2/1978 (fl. 6), e certidão de óbito de Djalma Barbosa Santos, extraída em 31/1/2006 (fl. 7), sem qualquer registro de dissolução da sociedade conjugal. O documento de fl. 385 demonstra que a acionante em questão constava do rol de dependentes do empregado falecido e o de fl. 386 comprova que a autarquia previdenciária lhe concedeu pensão por morte.

Desse modo, ainda que, no momento do óbito, a autora MARISE FERREIRA SANTOS estivesse separada de fato de Djalma Barbosa Santos, como tudo leva a crer, é certo que permanecia a dependência econômica e o laço conjugal. O falecimento do empregado, inegavelmente, importou natural abalo emocional da autora, que, inclusive, é mãe dos cinco filhos do de cujus (fls. 11/15).

Já quanto à autora LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA, tenho que, ao contrário do entendimento do a quo, comprovou a sua condição de companheira do empregado falecido.

Com efeito, o documento de fl. 400 demonstra que ela foi incluída como dependente do de cujus, com concessão de pensão por morte em 6/3/2005 (fl. 401), por força de decisão judicial (fls. 8/9 dos autos apensados). Observe-se que a sentença prolatada pelo juízo federal destaca a existência de prova documental e testemunhal a respeito da relação estável e duradoura entre esta autora e o empregado falecido.



Outrossim, a segunda autora apresentou, nos autos apensados, comprovantes de residência constando o mesmo endereço (fl. 10/11), além de termo de internação hospitalar de Djalma Barbosa Santos, indicando-a como responsável (fl. 16), e certidão de comunicação da Delegacia da 14ª Circunscrição Policial quanto ao acidente fatal, apontando-a como comunicante (fl. 17).

Saliento que destes documentos se depreende que não havia concubinato, mas união estável, já que o empregado falecido convivia com a segunda autora, estando separado de fato da primeira.

Comprovado que, na época do óbito, o ex-empregado convivia maritalmente com a autora LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA, o dano moral por ela sofrido em decorrência do falecimento é evidente, *in re ipsa*.

Observe-se que o deferimento de indenização por danos morais decorrentes de falecimento de empregado, vítima de acidente de trabalho, em favor de esposa separada de fato e de companheira não é medida esdrúxula. Veja-se que o ordenamento jurídico contempla, por exemplo, o rateio de pensão por morte, situação já referendada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PENSÃO POR MORTE. DIVISÃO DO BENEFÍCIO ENTRE VIÚVA E EX-ESPOSA DIVORCIADA E BENEFICIÁRIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. RATEIO IGUALITÁRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O acórdão hostilizado solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento, não subsistindo afronta ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

2. Nos termos da Lei n.º 8.213/91, para a fixação das cotas-partes devidas ao ex-cônjuge - que percebia pensão alimentícia - e à(o) viúva(o) ou companheira(o) do segurado(a) falecido(a), o rateio da pensão por morte deve ocorrer de forma igualitária, em razão da inexistência de ordem de preferência entre os citados beneficiários.

Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 1132912/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/9/2012, DJe 2/10/2012).

Resta, agora, examinar o quantum indenizatório, arbitrado pelo a quo, em favor exclusivamente da primeira autora, em R\$300.000,00.

Nas oportunas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira, o arbitramento do montante “propicia ao Juiz fixar com mais precisão e liberdade a justa indenização, sem as

amarras normativas padronizadas, de modo a poder dosar, após análise equitativa, o valor da condenação com as tintas específicas do caso concreto.” (Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, LTR, 2009, pág. 225).

Tenho que a indenização deve ser fixada levando em conta a extensão do dano, as condições econômicas das partes envolvidas, mormente da empresa, de modo que o valor seja suficiente para lhe infligir uma sanção efetiva e coibir a reiteração do ato ilícito (função pedagógica) e propiciar uma compensação apta a minimizar os danos sofridos pela vítima.

No caso, também deve ser levado em consideração que se tratam de duas pessoas pleiteando indenização que decorre do mesmo acidente de trabalho, muito embora os pleitos não se prejudiquem, como, aliás, já decidiu o TST, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO - ÓBITO DO EMPREGADO - AÇÃO AJUIZADA PELOS GENITORES. Esta Corte pacificou o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar pedido de indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. Neste sentido, foi editada a Súmula nº 392 do TST. In casu, trata-se de pedido de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho ocorrido com o empregado, que resultou em sua morte, pedido esse feito por seus genitores (reclamantes nestes autos), contra o empregador. Portanto, o pedido deriva do contrato de trabalho. Logo, o caso dos autos é de dano moral indireto ou reflexo, denominado pela doutrina como -dano moral por ricochete-, que é aquele sofrido por terceiro, como reflexo de uma lesão sofrida pela vítima imediata, no caso, o empregado falecido. Ou seja, é a repercussão de uma lesão por meio de danos que ultrapassam a esfera da vítima. Outrossim, o artigo 114, VI, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelece expressamente a competência desta Especializada para o julgamento de ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. Assim, tratando-se de discussão decorrente da relação do trabalho, em que a causa de pedir da indenização foi justamente o acidente de trabalho sofrido pelo empregado durante a prestação dos serviços, por aplicação estrita do artigo 114, VI, da Constituição Federal, a competência é da Justiça do Trabalho, ainda que o deslinde da controvérsia envolva normas de Direito Civil. Incidência do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INTERESSE DE AGIR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DA MORTE DE PARENTE ACOMETIDO POR ACIDENTE DE TRABALHO - TRANSAÇÃO REALIZADA EM OUTRO PROCESSO EM QUE FIGURAVA COMO PARTE OS HERDEIROS DO DE CUJUS - INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. As condições da ação, entre as quais a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, devem ser aferidas em cotejo das informações contidas na inicial, as quais, em um juízo hipotético e provisório, devem ser consideradas verdadeiras (Teoria da Asserção). Segunda essa teoria, a verificação da presença das condições da ação deve ser feita exclusivamente em abstrato, à luz das alegações do autor em sua petição de ingresso, mas sem, nesse momento,



perquirir a veracidade dos fatos ou o acerto das alegações de direito nela constantes, uma vez que essas considerações somente serão pertinentes quando do julgamento do mérito da causa. Logo, o pedido postulado é possível e não é vedado pelo ordenamento jurídico (indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho) e há interesse de agir. Outrossim, o entendimento desta Corte tem se firmado no sentido de que não configura ofensa a coisa julgada a propositura de ação de indenização por danos morais, por pessoa da família, fundada no óbito de parente, decorrente de acidente de trabalho, quando já interposta outra ação em que figurou o espólio ou outros parentes. Isso porque, o abalo moral que sofre uma pessoa com a morte de um ente querido é um direito personalíssimo, que deve ser defendido pela própria pessoa, diante das peculiaridades pessoais e próprias do ofendido, que sabe exatamente a intensidade e proporção do dano decorrente do fato, o que não pode ser medido objetivamente em um único processo movido pelos herdeiros. Assim, a celebração de acordo em processo anterior, em que figurou no polo ativo a viúva e o filho do de cujus, não é suficiente por si só para ensejar o reconhecimento de coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88), pois se trata de pedido próprio de indenização por dano moral, postulado pelos herdeiros que foram acometidos pelo sofrimento de perda, decorrente da morte do parente (empregado falecido). Logo, não caracterizada a identidade de partes, não há afronta a coisa julgada. Precedentes desta Corte. Incólumes os dispositivos indicados. Recurso de revista de que não se conhece”. (RR - 51900-19.2008.5.09.0017, Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 19/2/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7/3/2014).

Deve-se ter em mira, ainda, que, potencialmente, há outras pessoas atingidas, como os filhos do de cujus, reduzindo o quantum indenizatório para cada autora, sob pena de inviabilizar a atividade econômica da parte reclamada.

Diante dessas premissas, entendo que a indenização por danos morais deve ser reduzida para R\$100.000,00 para a autora MARISE FERREIRA SANTOS, deferindo, em igual montante, para a autora LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA.

ACRÉSCIMO DE 40% DO FGTS

Inconforma-se a recorrente com o deferimento do pedido de acréscimo de 40% do FGTS, ao fundamento de que o vínculo não foi rompido em decorrência da vontade da empregadora, mas sim da morte do trabalhador.

Imrocede.

Em regra, a extinção do contrato decorrente da morte do empregado afasta a incidência da indenização de 40% do FGTS.

Ocorre que, no caso dos autos, a morte do empregado ocorreu em virtude de acidente do trabalho, com culpa da parte reclamada.

Como esclarece Maurício Godinho Delgado, “Porém, se a morte tiver sido provocada culposamente pelo empregador (em virtude de acidente de trabalho, por exemplo), a solução jurídica tende a ser distinta, evidentemente. Afinal, o art; 483, ‘c’, da CLT, considera falta empresarial colocar o trabalhador em perigo manifesto de mal considerável: se este perigo se consuma com a morte do obreiro, torna-se ainda mais clara a gravíssima infração cometida, ensejando a incidência das compatíveis verbas rescisórias do referido preceito celetista”. (in Curso de Direito do Trabalho, 9. ed., São Paulo: Ltr, 2010, pág. 1.059).

Ex positis, PROVEJO PARCIALMENTE o recurso da segunda reclamada para reduzir para R\$100.000,00 a indenização por danos morais deferida à primeira autora.

RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA

ILEGITIMIDADE ATIVA. JULGAMENTO ULTRA PETITA

Os temas em epígrafe já restaram analisados no julgamento do recurso da segunda reclamada, não merecendo acolhida a tese empresarial.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Insurge-se a recorrente contra a sua condenação subsidiária, defendendo que a responsabilidade da tomadora restringe-se aos créditos trabalhistas, não abrangendo o pedido de indenização por danos morais.

Também a extensão da responsabilidade da primeira reclamada foi examinada no apelo da segunda, não tendo respaldo a tese recursal.

DANOS MORAIS

A presente matéria, igualmente, foi examinada no apelo da segunda reclamada, alcançando êxito apenas quanto à redução do quantum indenizatório deferido à primeira autora.

Pelo exposto, PROVEJO PARCIALMENTE o recurso da primeira reclamada para reduzir para R\$100.000,00 a indenização por danos morais deferida à primeira autora.

RECURSO DA RECLAMANTE LÚCIA MARIA DA SILVA BATISTA

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS DE FLS. 809/832

Suscitada, nas contrarrazões, pelas reclamadas e pela primeira autora, com razão.

De fato, os documentos juntados aos autos com o recurso da segunda reclamante não podem ser admitidos porque não se enquadram nas hipóteses excepcionais previstas na Súmula n. 8 do Tribunal Superior do Trabalho. Não se referem, com efeito, a fatos



posteriores à sentença, bem como não há prova do justo impedimento para a juntada no momento processual adequado.

NÃO CONHEÇO, pois, dos documentos juntados com o recurso da segunda reclamante.

MÉRITO

Inconforma-se a autora com a sentença de improcedência da demanda. Argumenta que a sua legitimidade ativa já teria sido declinada por este Regional. Sustenta que comprovou sua condição de companheira do de cujus, inclusive com percepção de pensão previdenciária, destacando que busca, judicialmente, o cancelamento do rateio deste benefício com a primeira reclamante, que estaria divorciada do falecido no momento do infortúnio.

A presente pretensão recursal foi examinada no julgamento do recurso da segunda reclamada, logrando êxito a autora aqui recorrente.

Pelo exposto, PROVEJO o recurso da segunda autora para, julgando parcialmente procedente a demanda, deferir-lhe, com juros e correção monetária nos termos da Súmula 439 do TST, indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00.

À vista dos julgamentos, quanto à primeira reclamação, reduzo a condenação para R\$110.000,00, incidindo custas, pelas reclamadas, de R\$2.200,00; em relação à segunda reclamação, inverte o ônus de sucumbência, arbitrando a condenação em R\$100.000,00, com custas de R\$2.000,00, pelas reclamadas.

Isto posto acordam os Desembargadores do Trabalho da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, à unanimidade, PROVER PARCIALMENTE os recursos das reclamadas para reduzir para R\$100.000,00 a indenização por danos morais deferida à primeira autora; também à unanimidade, ACOLHER a preliminar suscitada pelas reclamadas e primeira autora para NÃO CONHECER dos documentos juntados com o recurso da segunda autora, com esteio na Súmula n. 8 do TST, e, no mérito, PROVER o recurso da segunda autora para, julgando parcialmente procedente a demanda, deferir-lhe, com juros e correção monetária nos termos da Súmula 439 do TST, indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00. À vista dos julgamentos, quanto à primeira reclamação, reduz-se a condenação para R\$110.000,00, incidindo custas, pelas reclamadas, de R\$2.200,00; em relação à segunda reclamação, inverte-se o ônus de sucumbência, arbitrando-se a condenação em R\$100.000,00, com custas de R\$2.000,00, pelas reclamadas.

Salvador, 10 de junho de 2014

ALCINO FELIZOLA
Desembargador Relator

PROCESSO Nº TST-RR-79800-60.2008.5.02.0020

ACÓRDÃO

7ª Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 422 do Código Civil, nos moldes do artigo 896, “c”, da CLT.

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O exame dos autos revela que a Corte a quo proferiu decisão completa, válida e devidamente fundamentada, razão pela qual não prospera a alegada negativa de prestação jurisdicional. Recurso de revista de que não se conhece.

JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. O Regional consignou expressamente que não se trata de fato novo, na medida em que os documentos juntados com os embargos de declaração opostos se referem a evento ocorrido anteriormente a prolação da sentença. Nessa esteira, ao contrário do alegado, o Tribunal de origem decidiu em conforme à jurisprudência consolidada na Súmula nº 8 do TST. Recurso de revista de que não se conhece.

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM. A partir da Constituição de 1988, fincou-se de modo definitivo a opção política em estabelecer tratamento privilegiado ao trabalho como elemento integrante do próprio conceito de dignidade humana e fundamentador do desenvolvimento da atividade econômica, o que representou um compromisso inafastável com a valorização do ser humano e a legitimação do Estado Democrático de Direito, no qual se inserem o trabalho enquanto valor social, a busca pela justiça social, a existência digna, a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais, entre outros princípios (art. 170). Essa inspiração principiológica – que deve servir de vetor interpretativo para todo o sistema jurídico - modificou consideravelmente nosso direito civil e, por conseguinte, representou uma verdadeira virada de página no modelo instituído em 1916 e que em grande parte foi e tem sido fruto da incorporação de teses consagradas pela jurisprudência dos tribunais: o seu processo de constitucionalização e de despatrimonialização no tratamento das relações privadas. Posto isso, é salutar mencionar a evolução do direito obrigacional brasileiro que, sob o prisma desses princípios constitucionais, consagrou expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422), que possibilita verdadeiro progresso e aperfeiçoamento na



construção do ordenamento jurídico; moderniza a atividade jurisdicional, na busca do ideal de justiça, por permitir ao órgão julgador a solução de problemas a partir da valoração dos fatos e concretização do que, até então, se pautava no plano da subjetividade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, na perspectiva meramente individual, portanto, particularmente no que diz respeito à função criadora de direitos e não apenas interpretativa. Isso porque sua base inspiradora é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na medida em que o ser humano, como sujeito de direitos, pratica atos que, à luz dos mandamentos constitucionais, devem estar adequados à sua própria dignidade, da qual é, ao mesmo tempo, detentor e destinatário, fundamento e inspiração, origem e destino. Referido postulado impõe na relação contratual a noção de comportamento das partes pautado na honestidade, transparência e, principalmente, na lealdade e na confiança que depositam quando da celebração de um contrato. E de tal reconhecimento tem-se por conclusivo que em todos os contratos existem os chamados deveres anexos. É pacífico na doutrina e jurisprudência que a boa-fé objetiva tem ampla incidência em todas as fases da relação obrigacional, em razão de que os contratantes devem seguir seus ditames – lealdade e confiança – na celebração, na execução ou extinção da relação jurídica. Do exercício da função criativa decorre que, além dos deveres principais, devem nortear a relação contratual os deveres de informação, proteção e lealdade, tradicionalmente exemplificados pela doutrina e jurisprudência como sendo alguns dos deveres anexos ou de consideração, decorrentes da chamada complexidade intraobrigacional. Dinâmicos por natureza, referidos deveres impõem um padrão de conduta minimamente ético que deve se estender mesmo após o término da relação contratual. Caso contrário, ou seja, violado um dever específico de boa-fé, exsurge a responsabilidade pós-contratual, a chamada culpa post pactum finitum. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-79800-60.2008.5.02.0020, em que é Recorrente NILCE LIMA DE LACERDA PAIVA e Recorrido AGAPRINT INDUSTRIAL COMERCIAL LTDA.

A reclamante, não se conformando com o despacho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fls. 632/638) que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 640/648) no qual sustenta que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contraminuta e contrarrazões às fls. 655/666.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

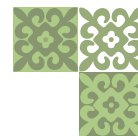
SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM.

A agravante pretende o processamento do recurso de revista às fls. 606/625. Sustenta que, por ato do empregador – criação de nova apólice de seguro de vida decorrente da segregação entre empregados ativos e inativos – foi prejudicada, na medida em que houve aumento exacerbado e desproporcional do prêmio mensal pago, assim como diminuição do capital segurado. Aponta violação dos artigos 5º, XXXVI, da Constituição Federal; 818, 836, 467 e 468 da CLT; 422, 423 e 424 do Código Civil; 333 do CPC. Indica contrariedade às Súmulas 51 e 288 desta Corte. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“Trata-se de demanda através da qual a reclamante pretende o reconhecimento de alteração contratual lesiva, por analogia ao artigo 468 da CLT, sustentando que desde o início do pacto laboral participa do Seguro de Vida em Grupo e Acidentes Pessoais fornecido pela reclamada e que, à época de sua aposentadoria, em 19.06.1997, optou por permanecer vinculada ao seguro, nos mesmos moldes estabelecidos, ou seja, com participação em 30% do custo e os restantes 70% pela empresa. Assevera que o valor pago mensalmente a título de prêmio sofre, desde sua admissão, os reajustes naturais de mercado, porém, em outubro de 2007, o reajuste proposto ultrapassou os limites, eis que pagava até setembro R\$ 286,97 e o valor do prêmio mensal proposto em outubro de 2007 foi de R\$ 425,87, sem qualquer justificativa. Argumenta que no período de 10 anos o capital segurado cresceu 68%, enquanto que o valor pago pela reclamante foi de quase 2000% e que a única justificativa para um aumento tão desproporcional é a intenção da empresa de forçar o desligamento de todos os funcionários aposentados do Seguro de Vida.

Entretanto, a tese da vestibular, reiterada em sede recursal, não se sustenta, eis que a circunstância descrita não pode ser interpretada como alteração do pactuado, a ensejar a aplicação analógica do artigo 468 da CLT e consequente responsabilização do ex-empregador. Isso porque o contrato de trabalho havido entre as partes está extinto desde 19.06.1997, em razão da aposentadoria da reclamante e, a partir daí, resguardada a condição de estipulante da reclamada e sua obrigação pela participação no pagamento de parte do prêmio, o vínculo se estabeleceu diretamente entre segurado e seguradora, sendo esta



última a responsável pela fixação do valor do prêmio a ser pago de conformidade com o capital segurado. Confira-se o teor do artigo 801 do Código Civil:

(...) Veja-se que, conforme penúltimo parágrafo de fl. 5 e declaração de fls. 138/139, pelo menos desde setembro de 2005 a reclamante já tinha ciência da desistência em massa de outros segurados pertencentes ao grupo, circunstância que obviamente implicaria aumento do prêmio mensal.

Ademais, a própria reclamante acaba reconhecendo a responsabilidade da seguradora, ao consignar no 9º parágrafo de fl. 5 que ‘seguro pressupõe risco. Ao verificar o avanço da idade do segurado a empresa seguradora quer se ‘livrar’ do compromisso anteriormente assumido.’ (grifei). Nesse sentido, o comunicado da seguradora, emitido em dezembro de 2005 (fl. 136), sobre a apólice 4721, informando que após levantamento do último período, a sinistralidade estava elevada, impondo reajuste de valores, bem como o comunicado de fl. 149.

Assim, tal como ponderou o magistrado de primeiro grau, os valores dependem de adesão e da concordância dos segurados, sendo que eventual irrisignação deve ser dirigida à seguradora. Registro que a modificação da apólice é sempre precedida de anuência expressa de três quartos do grupo segurado, tal como estabelece o § 2º, do mencionado artigo 801 do Código Civil, razão pela qual, considerando que as apólices foram renovadas, as alterações narradas na vestibular, sem dúvida, contaram com a anuência da reclamante. Nesse sentido, o documento de fl. 16. Ademais, à estipulante, in casu, a reclamada, é vedado anuir com alterações que representem ônus ou deveres adicionais aos segurados ou que sejam prejudiciais. Veja-se, a propósito, o teor dos artigos 6, 8 e 9, da Circular SUSEP 317, de 12.01.2006, que dispõem:

(...) Quanto ao capital segurado, pelo confronto dos documentos 15/19 juntados com a inicial e cláusula 5 do documento de fls. 201/209, constato que a reclamante permaneceu segurada pelo valor teto previsto na apólice dos funcionários ativos.

Por outro lado, o fato de existirem duas apólices, a de número 850748 (fls. 201/209) contemplando os funcionários da ativa, e a de número 4721 (alterada para número 850851 - fls. 142/149), que abrange funcionários aposentados, não caracteriza procedimento discriminatório com ‘único intento’ de ‘expulsar’ os aposentados do benefício. Na verdade, analisando referidas apólices, constato que os grupos já haviam sido desmembrados em período anterior ao reajuste de outubro de 2007, o qual a reclamante reputa escandaloso e desproporcional, porém, as apólices permaneceram vinculadas por força de apuração do denominado excedente técnico. Vejam-se as cláusulas que tratam do denominado ‘EXCEDENTE TÉCNICO’, cláusula 14 de fl. 146 e cláusula 12 de fls. 205/206, que estabelecem apuração em conjunto com as apólices 4699 (850.849), 4700 (850.748) e 4721 (850.851). Ademais, a apólice 850.748 refere, na cláusula 3 de fl. 202, à possibilidade de adesão de funcionários com coberturas vigentes na apólice 4700, ou seja, resta demonstrado que o

grupo segurado era diverso daquele a que pertencia a reclamante, não havendo, portanto, se falar em prática abusiva e discriminatória.

Por fim, não há como reconhecer a hipótese de violação dos artigos 422 e 424 do Código Civil, nem invocar o teor das Súmula 51 e 288 do C.TST, sequer por analogia, eis que à reclamada não podem ser imputados os atos lesivos que a reclamante pretende ver reconhecidos.

Mantenho, pois, a improcedência a ação.” (fls. 588/591)

O presente caso envolve, fundamentalmente, a solução de quatro importantes e intrincadas questões jurídicas:

1. a interpretação do contrato de trabalho com base na cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil e cuja violação se afirma haver ocorrido;
2. o reconhecimento da existência de deveres anexos aos contratos em geral e, em especial, ao contrato de trabalho;
3. a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade pós-contratual, especificamente no contrato de trabalho;
4. se o procedimento adotado pela agravada e questionado no presente caso efetivamente atingiu direito da agravante e quais as consequências decorrentes.

Primeira questão: cláusula geral da boa-fé objetiva.

A resposta a essa primeira questão jurídica exige uma análise do panorama constitucional brasileiro e suas repercussões no direito infraconstitucional, especificamente no campo das obrigações, e, para tanto, valho-me de escritos de minha autoria nos quais destaco as inovações trazidas pela Carta de 1988 que, a meu sentir, apontou um novo rumo ao encimar os princípios fundamentais no portal de suas disposições, seguindo a trilha deixada pelas Constituições de países como a Itália, que reconhece o trabalho como um dos seus fundamentos, assegura o dever de torná-lo efetivo e proclama a sua função social (arts. 1º e 4º).

Não se tratou de mera alteração de natureza topológica. Ao contrário, a mudança na disposição introdutória do texto constitucional fincou de modo definitivo a opção política em estabelecer tratamento privilegiado ao trabalho como elemento integrante do próprio conceito de dignidade humana e fundamentador do desenvolvimento da atividade econômica, o que representou um compromisso inafastável com a valorização do ser humano e a legitimação do Estado Democrático de Direito, no qual se inserem, como destacado, o trabalho enquanto valor social, a busca pela justiça social, a existência digna, a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais, entre outros princípios (art. 170).

Essa inspiração principiológica – que deve servir de vetor interpretativo para todo o sistema jurídico - modificou consideravelmente nosso direito civil e, por conseguinte,



representou uma verdadeira virada de página no modelo instituído em 1916 e que em grande parte foi e tem sido fruto da incorporação de teses consagradas pela jurisprudência dos tribunais: o seu processo de constitucionalização e de despatrimonialização no tratamento das relações privadas.

Posto isso, é salutar mencionar a evolução do direito obrigacional brasileiro que, sob o prisma desses princípios constitucionais, consagrou expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422), que possibilita verdadeiro progresso e aperfeiçoamento na construção do ordenamento jurídico; moderniza a atividade jurisdicional, na busca do ideal de justiça, por permitir ao órgão julgador a solução de problemas a partir da valoração dos fatos e concretização do que, até então, se pautava no plano da subjetividade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, na perspectiva meramente individual, portanto, particularmente no que diz respeito à função criadora de direitos e não apenas interpretativa.

Isso porque sua base inspiradora é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na medida em que o ser humano, como sujeito de direitos, pratica atos que, à luz dos mandamentos constitucionais, devem estar adequados à sua própria dignidade, da qual é, ao mesmo tempo, detentor e destinatário, fundamento e inspiração, origem e destino.

Como reforço de argumentação, no que diz respeito à sua dimensão principiológica, afirmo, com Ingo Sarlet, que “a dignidade da pessoa humana atua como uma espécie de mandado de otimização, ordenando a proteção e promoção da dignidade da pessoa, a ser realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Tal afirmativa, é bom enfatizar, não afasta a circunstância de que a dignidade da pessoa humana também assume a condição de regra jurídica, impondo ou vedando determinados comportamentos” (Ingo Wolfgang Sarlet. *Comentários à Constituição do Brasil*/ J. J. Gomes Canotilho ...[et al.] – São Paulo: Saraiva/Almediana, 2013. p. 317) – destaquei.

Depreende-se, portanto, que uma das dimensões da tutela da dignidade da pessoa humana consiste na proteção da lealdade e confiança no trato das relações sociais. Disso exsurge o sustentáculo para o princípio da boa-fé objetiva, expressamente consagrada, como salientei, no art. 422 do Código Civil, que transcrevo: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Para Guilherme Guimarães Feliciano (*Curso Crítico de Direito do Trabalho* (Saraiva: São Paulo, 2013. p. 29),

Pelo princípio da boa-fé, pode-se exigir, tanto no plano individual (empregador vs. empregado) como no plano coletivo (sindicato profissional vs. sindicato econômico ou sindicato profissional vs. empresa), que todos os interessados ajam, de parte a parte, com boa-fé, lealdade e transparência, sem dolo ou logro (= dimensão subjetiva) e sem frustrar legítimas expectativas socialmente justificadas (= dimensão objetiva). Trata-se, portanto, de um princípio jurídico, porque dele se podem inclusive extrair comandos diretos de conduta, independentemente da intermediação concretizadora do legislador.

Por outro lado, não abrange apenas a boa-fé subjetiva (de que é antípoda a ideia de má-fé), embora também a alcance (assim, e.g., na hipótese do art. 482, “c”, da CLT: justa causa por negociação habitual desleal). Abrange também a chamada boa-fé objetiva, que independe da subjetividade dos sujeitos, bastando-se com a observância de padrões objetivos de conduta e com a preservação das expectativas correspondentes.

Corolário lógico é que nas relações contratuais, atualmente, a autonomia privada, a liberdade contratual e o *pacta sunt servanda* encontram-se limitados pela supremacia da ordem pública e vinculados à concepção social do contrato.

Mencionadas cláusulas gerais servem de fundamento para que se efetive e se preserve entre os sujeitos da relação contratual o necessário equilíbrio e não se admita a validade de contrato sem que prevaleça sua concepção social (art. 421, CC), ao abrigo da ideia de comutatividade e boa-fé objetiva (art. 422, CC), em todas as suas fases (pré-contratual, contratual e pós-contratual), aliás, como também afirma Edilton Meireles (Abuso de direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 57).

Nessa linha de raciocínio, o comportamento social que se exige das partes nessa seara nada mais é do que consequência do caráter social de propriedade. A propósito, sobre a força normativa da função social da propriedade, afirma Eugênio Facchini Neto que tal princípio destina-se a todos: “ao legislador, que, ao inovar no plano normativo, necessariamente deverá levar em conta a função social da propriedade; ao jurista em geral que, ao interpretar a legislação ordinária (seja a disciplina codificada do direito das coisas, seja a legislação o estatuto da cidade, estatuto da terra, lei de locações ou qualquer outra que se refira a posse, utilização, acesso ou domínio de bens), deverá fazê-lo à luz desse princípio; ao magistrado, que, na aplicação do Direito ao caso concreto, igualmente deverá estar consciente das implicações práticas de tal princípio; bem como também aos particulares, que nas suas relações entre si não poderão ignorar o significado e alcance do princípio da função social” (Comentários à Constituição do Brasil/ J. J. Gomes Canotilho ...[et al.] – São Paulo: Saraiva/Almediana, 2013, p. 317).

A resposta afirmativa, portanto, se impõe à primeira questão, como vem sendo admitida na jurisprudência pacífica desta Corte, de que são exemplos os precedentes citados que, embora não se refiram especificamente ao caso em tela, adotam como um dos fundamentos a incidência da cláusula geral em destaque:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM REGURSO DE REVISITA INTERPOSTO PELA PETROBRAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Embora esta Corte Superior tenha entendimento consolidado no sentido de reconhecer a competência desta Justiça Especializada para o julgamento das lides relacionadas à complementação de aposentadoria vinculada ao contrato de trabalho, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nos 586453 e 583050, em sessão realizada em 20/02/2013, fixou entendimento, com repercussão geral, no sentido de pertencer à Justiça comum. Contudo, com base no disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, a Corte



Suprema decidiu modular os efeitos dessa decisão e preservar a competência desta Justiça para julgar todos os processos já sentenciados até a data do julgamento dos referidos recursos extraordinários, situação em que o presente feito se encontra. Agravos a que se nega provimento. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Na aferição da legitimidade passiva deve-se tomar por base o direito abstratamente invocado e a pertinência subjetiva entre o pedido e as partes chamadas em juízo, analisada conforme a Teoria da Asserção. Significa, por conseguinte, que deve ser feita a partir da narrativa do autor contida na petição inicial. Assim, a simples afirmação da parte autora no sentido de que a empresa reclamada, por ser patrocinadora mantenedora da entidade de previdência privada, responde solidariamente pelos créditos de complementação, autoriza a sua manutenção no polo passivo da relação processual. No que toca à responsabilidade solidária, prevista no artigo 265 do Código Civil, sua aplicação resultará da lei ou da vontade das partes. Na hipótese, a condenação solidária da empresa patrocinadora decorre de lei, pois, sendo a reclamada a ex-empregadora do autor e a mantenedora da entidade de previdência privada, exercendo sobre esta o competente controle e fiscalização, torna-se patente a existência de grupo de empresas e a solidariedade existente entre estas quanto à responsabilidade pelos créditos advindos do descumprimento de cláusulas contratuais. Agravos a que se nega provimento. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. O pedido de pagamento de diferenças de complementação de aposentadoria está sujeito à prescrição parcial e quinquenal, por se tratar de parcelas de trato sucessivo, em que a violação do direito, ou seja, a actio nata se renova mês a mês, fazendo nascer o direito à nova pretensão. Incidência da Súmula nº 327 do TST. Agravos a que se nega provimento. AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO EM RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS PELAS RECLAMADAS. IDENTIDADE DE MATÉRIA. ANÁLISE CONJUNTA. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PETROBRAS. PCAC 2007. RMNR. REAJUSTE SALARIAL FIXADO EM CONVENÇÃO COLETIVA CONCEDIDO SOB A FORMA DE ELEVAÇÃO GERAL DE NÍVEL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, VIGENTE NO DIREITO CONTRATUAL. DIREITO DOS APOSENTADOS AO MESMO ÍNDICE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 62 DA SBDI-1 DESTA CORTE. Ainda que se reconheça a legitimidade dos sindicatos em estabelecer normas e condições de trabalho por meio de convenções coletivas, no que possuem plena autonomia, não se há de afastar o direito dos aposentados ao reajustamento da suplementação do benefício decorrente do mesmo percentual, diante do fato de haver sido parte dele concedido sob a forma de elevação geral de nível, o que constitui, em última análise, aumento geral de salários, mesmo porque não foram eles excluídos

expressamente pela cláusula normativa. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 62 da SBDI-1 desta Corte. Incidência da Súmula nº 333 do TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. Agravos aos quais se nega provimento. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PETROS. FONTE DE CUSTEIO. Descabe recolhimento

das contribuições à PETROS, pois não houve deferimento de parcela salarial não percebida durante o vínculo ou após o desligamento, e sim determinação para recálculo do benefício inicial da suplementação de aposentadoria. Agravo a que se nega provimento. (Ag-AIRR - 1099-12.2011.5.09.0594 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 02/04/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/04/2014 – grifos postos);

RECURSO DE REVISTA - CLASPAR - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - PROGRESSÃO FUNCIONAL HORIZONTAL POR MERECIMENTO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO - ÓBICE MALICIOSO - BOA-FÉ OBJETIVA. A progressão horizontal anual por merecimento, estabelecida no Plano de Cargos e Salários de 1987 da reclamada, está condicionada unicamente ao atendimento dos -critérios de merecimento a serem aferidos através do instrumento de Avaliação e Desempenho, na forma a ser estabelecida em regulamentação específica-. A reclamada, por não promover a definição dos conceitos que permitiriam a promoção por merecimento, depois de passados mais de 26 anos da criação do PCS/87, obistou maliciosamente à aquisição do direito e a implementação do requisito previsto na norma regulamentar. O eventual desempenho satisfatório na avaliação geraria, de forma absoluta para o empregado, o direito às progressões por merecimento. Tal omissão injustificada atenta contra o princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, a negligência da reclamada, que não cumpriu a sua própria norma interna e deixou de estipular os critérios de avaliação exigidos pelo Regulamento de Pessoal, acarreta o deferimento das promoções horizontais por merecimento à autora. Recurso de revista não conhecido. (RR - 248-50.2012.5.09.0072 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 25/03/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014 - destaques);

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO APÓS LONGA E RIGOROSA SELEÇÃO DE EMPREGO. MUDANÇA DE DOMICÍLIO PARA REGIÃO DISTANTE PARA QUE HOUVESSE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO CONTRATUAL EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Trata-se de dano moral resultante de rescisão contratual promovida pela empregadora após três meses, apenas, de contrato, precedidos de longa e rigorosa seleção para trabalho em região distante daquela onde autor e esposa tinham morada, família e renda. Tendo havido violação à boa-fé objetiva e à função social do contrato, foi praticado ato ilícito, conforme disposto no art. 187 do Código Civil de 2002. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. O valor arbitrado a título de reparação por dano moral somente pode ser revisado na instância extraordinária nos casos nos quais vulnera os preceitos de lei ou da Constituição que emprestam caráter normativo ao princípio da proporcionalidade. Considerando a moldura factual definida pelo Regional e insusceptível de revisão (Súmula 126 do TST), o valor atribuído não se mostra irrisório ou excessivamente elevado a ponto de se o conceber desproporcional. Recurso de revista não conhecido. (RR - 104-13.2011.5.11.0151 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 12/03/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014 – destaques);



RECURSO DE EMBARGOS - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PERCEBIDA POR MAIS DE NOVE ANOS E SEIS MESES - SUPRESSÃO - ESTABILIDADE FINANCEIRA - PRESUNÇÃO RELATIVA DE QUE A DESTITUIÇÃO DA FUNÇÃO FOI OBSTATIVA DO DIREITO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - ÔNUS PROBATÓRIO DO EMPREGADOR ACERCA DOS MOTIVOS DA REVERSÃO DO EMPREGADO AO POSTO EFETIVO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 372 DO TST. Discute-se acerca do direito do empregado à incorporação de gratificação de função exercida por mais de nove anos e seis meses, mas suprimida pelo empregador. Não obstante a Súmula nº 372 do TST ter estabelecido o marco temporal de dez anos para fazer incidir o princípio da estabilidade financeira, a presente controvérsia não se resolve pela simples aplicação desse marco temporal, mas pela distribuição do ônus da prova, o que acabaram por fazer as instâncias anteriores, ao presumirem que a reversão do empregado foi obstativa do seu direito. As relações trabalhistas devem pautar-se no princípio da boa-fé objetiva, que demanda um comportamento ético entre os contratantes, fortalecendo a confiança mútua que deve permear esse relacionamento. Assim, diante da proximidade da aquisição do direito em questão, tal princípio exige de qualquer empregador uma conduta transparente em torno das razões que o motivaram a promover a reversão do empregado ao cargo efetivo. Daí decorre, de fato, a presunção de que a destituição da função de confiança faltando poucos meses para a implementação do direito é obstativa de sua aquisição. Tal presunção é relativa e admite prova em contrário, mas o ônus probatório é do empregador, que deverá comprovar as razões que o motivaram a reverter o empregado ao posto efetivo após longo período de exercício da função de confiança, como, por exemplo, algum motivo de ordem disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Como no presente caso a Corte regional concluiu que não houve prova da conduta disciplinar inadequada do empregado, deve ser mantida a condenação imposta, relativamente à incorporação da gratificação de função, aplicando-se a Súmula nº 372 do TST. Recurso de embargos conhecido e desprovido.

(E-ED-RR - 67900-04.2007.5.15.0069 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 21/11/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/02/2014) – destaques);

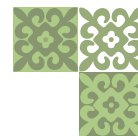
AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO NO RECURSO DE REVISTA. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 373 DA SBDI-1. Esta Corte firmou entendimento de que a Orientação Jurisprudencial nº 373 da SBDI-1 é aplicável somente quando o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica não contiver, pelo menos, o nome da entidade outorgante e do signatário da procuração, pois estes dados constituem elementos que individualizam o mandato. No presente caso, a procuração (fl. 71 dos autos físicos) que outorga poderes ao advogado que assina o recurso de revista (Dr. Ney José Campos) possui tanto o nome da pessoa jurídica quanto o nome do signatário da procuração, sendo válido, portanto, o referido instrumento de mandato. ADMISSÃO DE EMPREGADO E IMEDIATO CANCELAMENTO DA CONTRATAÇÃO. NOME DO TRABALHADOR INCLUÍDO EM LISTA SUJA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. -O contrato de trabalho não impõe obrigações nem produz efeitos apenas enquanto formal-

mente. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual- (2ª Turma, acórdão da lavra do Min. José Simpliciano). Da leitura do acórdão do TRT extrai-se que não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. O rompimento injustificado das negociações revelam a quebra do princípio da boa fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares. O autor apresentou documentação, fez exames admissionais, foi contratado e compareceu no primeiro dia de trabalho, sendo em seguida surpreendido com a decisão da empresa em não admiti-lo, tendo apostado na sua CTPS o dizer -cancelado-. Diante disso, resta configurada a conduta ilícita da empresa e, conseqüentemente, o alegado dano moral. -Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença-. (Caió Mário, citado por Pinho Pedreira, op. cit.). VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. A decisão que fixa o valor da indenização é pautada em critérios subjetivos, já que não há, no ordenamento brasileiro, lei que defina de forma objetiva o valor que deve ser fixado a título de dano moral. No caso, é incontroverso que houve frustração da expectativa de o autor iniciar a prestação laboral junto à empresa, tendo essa procedido ao registro do contrato de trabalho na CTPS do autor, após ter ele feito o exame admissional. Outrossim, a inclusão do seu nome em lista suja, por constituir procedimento discriminatório e configurar dano moral, torna desnecessária até mesmo a prova do prejuízo, sendo portanto, razoável o valor arbitrado pelo e. TRT (de R\$ 5.000,00). Longe de afrontar, caracteriza correta aplicação dos artigos 5º, V e X, da Constituição Federal e 159 do Código Civil. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 114641-17.2008.5.03.0097, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 18/12/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2014 - destaques).

Dos precedentes citados, destaco o reconhecimento da responsabilidade do empregador na fase pós-contratual (AIRR - 114641-17.2008.5.03.0097) e a indicação do comportamento ético entre os contratantes, fortalecendo a confiança mútua que deve permear esse relacionamento (E-ED-RR - 67900-04.2007.5.15.0069).

A segunda indagação, como decorrência natural da resposta afirmativa à primeira, se relaciona ao reconhecimento dos deveres anexos – também chamados acessórios de conduta – ao contrato de trabalho e não há como se fugir também de uma resposta positiva.

Isso significa afirmar que há deveres impostos aos contratantes, como decorrência da exigência do comportamento ético aludido, que não dependem de menção expressa em qualquer das cláusulas contratuais; a ele aderem como consequência lógica da expectativa legítima que se espera de ambos, a partir do instante em que manifestam a sua vontade no sentido de celebrar o contrato de trabalho, como uma das funções desempenhadas pela já mencionada cláusula da boa-fé objetiva, quais sejam, cânone interpretativo-integrativo; norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos; e, norma de criação de deveres jurídicos.



Como regra de interpretação, serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias do caso concreto. No que toca à sua segunda função, combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos.

Do exercício da função criativa decorre que, além dos deveres principais, devem nortear a relação contratual, dentre outros, os deveres de segurança, cuidado, previdência, informação, proteção e lealdade, colaboração, cooperação, omissão e segredo, tradicionalmente exemplificados pela doutrina e jurisprudência como sendo alguns dos deveres anexos ou de consideração, decorrentes da chamada complexidade intraobrigacional. Aliás, “o mais imediato dever decorrente da boa-fé é o dever de lealdade com a contraparte” (Judith Martins Costa e Gerson Branco. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200).

Gustavo Tepedino [et al.] preleciona que “como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados ‘deveres laterais’, também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir que os contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato, ‘guardem os princípios da probidade e boa-fé’, o CC, muito mais do que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro” (Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18).

Nesse aspecto, Edilton Meireles afirma: “Parte-se da concepção de que a relação obrigacional é ‘uma totalidade voltada para o adimplemento’ e ‘esta não inclui apenas, como relação totalizante que é, o dever principal de prestar, ou um eventual dever secundário correlato, mas também deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal, todos voltados para o correto adimplemento” (Obra citada, p. 60).

A propósito, Anderson Shreiber destaca que “sob o ponto de vista de seu funcionamento, a noção de boa-fé objetiva esconde, sob a consagrada fórmula de sua tríplice função, um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou standards de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social. A copiosa referência a deveres anexos, expressão cuja riqueza de conteúdo abrange, por exemplo, deveres de informação, de sigilo, de colaboração, torna-se ineficaz, na prática, se desprovida de parâmetros razoavelmente aceitos que permitam estabelecer a extensão destes deveres.” E mais adiante, sob o aspecto de sua influência na responsabilidade civil, afirma: “Com isso, acaba ganhando força a sugestão de que a culpa consiste, a rigor, em apenas um dos possíveis critérios de imputação de responsabilidade, sem que outros deixem de ser igualmente úteis” (Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47).

Não há, por conseguinte, como negar a existência de tais direitos, notadamente em relações jurídicas de trato sucessivo, como a de emprego, diante da multiplicidade de situações materializadas no cotidiano de sua execução, não previstas expressamente, mas

decorrentes desse estado de confiança havido entre as partes e que vai repelir a prática de quaisquer atos que o violem.

Não é sem razão que esta Corte Superior já invocou e reconhece a boa-fé objetiva nas relações de trabalho, como demonstram os julgados abaixo transcritos:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. BANCÁRIO. TRANSPORTE DE VALORES. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A determinação de transporte de valores ao empregado bancário, que não possui formação profissional ou aparato de segurança para exercer tal atividade, caracteriza efetivo prejuízo extrapatrimonial, decorrente da exposição ao risco inerente a este mister, a ensejar a correspondente reparação indenizatória. Ademais, tem-se, na espécie, por parte do empregador, verdadeira violação de deveres anexos de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, ao determinar o desempenho de função diversa daquela para a qual contratado, considerada, ainda, a natureza da atividade. Cabe ao empregador o dever de proteção, de segurança, de zelo pela incolumidade física e mental de seus empregados, impondo-se a sua responsabilização quando se esquivar de tais obrigações. O ilícito perpetrado pelo reclamado, ao cometer ao autor atividade típica de pessoal especializado em vigilância, traduz também desrespeito aos termos da Lei 7.102/83. Precedentes desta SDI-I. Recurso de embargos conhecido e não provido. (E-ED-RR - 46200-69.2008.5.03.0004 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 08/09/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 16/09/2011)- destaquei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DOENÇA OCUPACIONAL. LER/DORT. EMPREGADA BANCÁRIA. CULPA PRESUMIDA. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR RELATIVAMENTE AOS DEVERES ANEXOS AO CONTRATO DE TRABALHO LIGADOS À MEDICINA, SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao tema em epígrafe, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 7º, XXVIII, da CF suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. DOENÇA OCUPACIONAL. LER/DORT. EMPREGADA BANCÁRIA. CULPA PRESUMIDA. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR RELATIVAMENTE AOS DEVERES ANEXOS AO CONTRATO DE TRABALHO LIGADOS À MEDICINA, SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR. O pleito de indenização por dano moral e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico); b) nexo causal, que se evidencia pelo fato de o malefício ter ocorrido em face das condições laborativas; c) culpa empresarial. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa



tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Pontue-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Assim, agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). Registre-se que é do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho. Na hipótese, o Regional reverteu a decisão de origem e julgou improcedentes os pedidos indenizatórios. Consta do acórdão regional que houve duas perícias para investigar a origem da doença da Reclamante, tendo cada uma delas emitido conclusões diametralmente opostas sobre onexo causal. O Regional, apoiando-se na primeira perícia, entendeu inexistente o liame etiológico entre a moléstia e as atividades desenvolvidas para o Reclamado durante mais de 20 anos de contrato. Asseverou, ainda, que a Autora não se desincumbiu do ônus de provar a conduta negligente do Empregador quanto à manutenção de condições saudáveis de trabalho. Contudo, há informações nos acórdãos que julgaram o RO e os ED's que ensejam entendimento diverso em relação ao nexocausal. Primeiramente, merece ser realçado o fato de que a segunda perícia, favorável à Reclamante, foi determinada pelo julgador de primeiro grau em razão de a primeira, desfavorável, ter sido produzida por profissional que dividia consultório médico com outro profissional que desempenhava a função de assistente técnico do Reclamado em demandas similares a esta. Ademais, ficou consignado que a Reclamante percebeu benefício previdenciário de natureza acidentária, tendo sido reconhecida a natureza ocupacional da moléstia pelo INSS. Por fim, em relação à culpa pelo descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, ressalte-se que o empregador tem o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício, razão pela qual desponta a premissa da culpa presumida do Reclamado. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 130800-73.2004.5.01.0471 , Relator Ministro: Mauricio

Godinho Delgado, Data de Julgamento: 09/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014).

Farta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse campo e em uma infinidade de matérias, com destaques que acrescento nos precedentes que indico:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR.

INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1276311/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011);

Direito civil e processual civil. Contratos. Recurso especial.

Embargos do devedor. Execução de honorários advocatícios contratuais. Acordo em ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato com previsão de sub-rogação do ex-companheiro nas obrigações contratuais, inclusive de pagar honorários. Incidência sobre condenação a pagamento de “renda vitalícia”. “Cláusula de sucesso”. Limitação. Boa fé objetiva.

- Em se tratando de honorários advocatícios contratuais - e não sucumbenciais - deve valer entre as partes o tanto quanto pactuado, mesmo na hipótese de sub-rogação de obrigações, na qual o recorrente assumiu a obrigação de pagar os honorários contratuais estipulados entre terceira pessoa - sua ex-companheira - com o recorrido, que atuou como advogado em ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

- O contrato de honorários advocatícios que embasa a execução, tem em seu bojo uma “cláusula de sucesso”, isto é, abrange todos os ganhos da representada em Juízo, de modo que devem os honorários recair sobre a totalidade dos valores a ela destinados, tanto aqueles decorrentes da divisão dos bens do casal, quanto os referentes à “renda vitalícia” fixada, ressalvado, quanto esta, que, para o cálculo desta execução, os honorários não podem recair sobre as parcelas ainda não pagas, porque não há como fazer incidir a



verba honorária sobre valor que sequer foi ainda recebido pela parte, o que faria com que o advogado obtivesse, de imediato, valores correspondentes a prestações que sua cliente apenas poderá receber ao longo da vida, pois o recebimento está condicionado ao fator de ela “continuar viva”; qualquer raciocínio diferente caracterizaria tentativa imediata de enriquecimento sem causa do recorrido.

- A boa fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissivo, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado.

- A pretensão do advogado que postula honorários contratuais em valores superiores ao proveito econômico imediato auferido pela parte que representou em Juízo, encontra limitação no princípio da boa fé objetiva, mostrando-se patente o rompimento da atuação ponderada e preocupada com a outra parte, marcada pela postura respeitosa e povoada de lealdade que deve nortear os contratantes.

- A expectativa de vida da beneficiária da pensão vitalícia, não pode se converter em direito líquido e certo para fins de execução, porquanto não se pode aferir e, por consequência, tampouco adiantar, algo que é de acontecimento incerto, porquanto os aludidos 25 anos de sobrevivência não passam de mera probabilidade, baseada em estatísticas.

- A única forma viável, portanto, é que integrem, para o cálculo dos honorários contratuais a embasar a execução, a totalidade das parcelas já pagas e, por conseguinte, já percebidas por M. R. dos S. S., ficando ressalvado ao recorrido, que execute, nos termos do acordo e respectivo contrato de honorários, as parcelas que forem sendo pagas, como entender de direito.

Recurso especial parcialmente provido. (REsp 830.526/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 29/10/2009)

Dinâmicos por natureza, referidos deveres impõem um padrão de conduta minimamente ético que deve se estender mesmo após o término da relação contratual.

A terceira questão se refere aos limites da responsabilidade resultante do contrato de trabalho e consiste precisamente em saber se se esgota ao término da relação jurídica de emprego propriamente dita ou se pode ser protraída para além dos seus limites temporais.

Também nesse aspecto, emerge como correta a última assertiva, na medida em que os atos praticados pelos sujeitos componentes da relação de emprego podem ser causadores de dano resultante do citado vínculo jurídico e ter como pano de fundo a violação de deveres éticos.

Exemplifico com a violação de segredo de empresa, cláusula de não concorrência, inclusão do nome do empregado em “lista suja”, divulgação de informações desabonado-

ras a respeito do empregado, dentre outras hipóteses. Em todas elas, há alguns aspectos comuns: causam dano; ensejam reparação; decorrem da relação de emprego; e, podem não estar – como em regra não estão – previstas no contrato de trabalho havido.

A quebra da confiança pode dar-se em momento posterior à execução do contrato e, se causadora de dano, por certo que enseja o dever de reparação, na linha do quanto definido no artigo 927 do Código Civil.

Embora a redação do citado artigo 422 pudesse ser mais cristalina, é pacífico na doutrina e jurisprudência que a boa-fé objetiva tem ampla incidência em todas as fases da relação obrigacional (na celebração, na execução e na extinção da relação jurídica), em virtude da necessidade de os contratantes agirem em consonância com padrões éticos de comportamento socialmente aceitáveis e baseados na honestidade, retidão, lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado, como assinala Edilton Meireles (Obra mencionada, p. 56).

Nesse sentido, inclusive, é o Enunciado nº 170 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

“Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

Outrossim, também serve de apoio à aplicação da responsabilidade pós-contratual o preceito contido no artigo 421 do Código Civil, ao estabelecer a concepção social do contrato: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

A respeito do tema, bem preleciona Rogério Donnini que a pós-eficácia obrigacional está subdividida em responsabilidade pós-contratual real (sentido estrito) e em sentido geral: “A primeira diz respeito à responsabilidade pós-contratual, também denominada culpa post pactum finitum, e a segunda abarca uma grande quantidade de situações de pós-eficácia provenientes de uma relação obrigacional, previstas contratualmente ou impostas por lei.”

Esclarece, ainda, o autor: “se o dever de informação, proteção ou lealdade estiver previsto em lei, de maneira específica e que se enquadre ao caso concreto, ou ainda contratualmente, não será hipótese de responsabilidade pós-contratual, mas exato cumprimento de determinação legal que estende os efeitos do contrato, ou disposição contratual que estabelece uma certa produção de efeitos. A mera produção de efeitos para o momento posterior à celebração do contrato não configura a responsabilidade pós-contratual (...). Quando se afirma que a norma legal ou o contrato têm de dar um comando, uma ordem específica para que não seja caracterizada a responsabilidade pós-contratual, significa dizer que o efeito previsto deve ser específico, como nos exemplos aqui mencionados (arts. 10, § 1º, e 32 do CDC). Se essa pós-eficácia da obrigação (legal ou contratual) representa



um dever genérico de comportamento como, por exemplo, na exigência de boa-fé, sua violação representa a ruptura dos deveres acessórios, o que faz retratar a responsabilidade pós-contratual ou a pós-eficácia em sentido estrito” (Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148).

Afirma-se, por conseguinte, que, a violação de um dever específico de boa-fé pode ensejar a responsabilidade pós-contratual, a chamada culpa post pactum finitum.

Gustavo Tepedino [et al.], nessa linha, elucida que

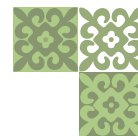
“quanto à extensão do princípio da boa-fé, em si considerado, a despeito da referência literal do dispositivo à conclusão e à execução do contrato, entende-se que o comando deve incidir também na fase pós-negocial, ao longo da qual os ex-contratantes ainda devem se manter vinculados pelo mesmo princípio. Tal entendimento justifica-se na esteira da doutrina que compreende a obrigação como processo dinâmico e funcionalmente determinado. Assim, sustenta-se que na fase posterior à execução do contrato, a boa-fé dá fundamento à chamada culpa post factum finitum, alongando a relação obrigacional mediante a imposição de deveres que interessam à realização do fim do contrato globalmente considerado” (Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15/16).

Logo, para que se configure a pós-eficácia proveniente da culpa post pactum finitum, não há que se falar em deveres expressamente previstos em lei ou no contrato. Assim, exemplificativamente, nos casos de violação de segredo de fábrica ou de negócio pelo empregado despedido (CP, art. 196, § 1º, XII) e do pacto de não-concorrência ou cláusula de confidencialidade, embora exista a produção de efeitos posteriores ao cumprimento da obrigação, certo é que não representam situações em que se possa adotar a teoria da culpa post pactum finitum. Veja-se que, no primeiro caso, a norma legal prevê que uma dada obrigação deve ser cumprida em momento posterior e, no segundo, em regra, há a pactuação da cláusula para vigorar após a extinção da relação de emprego; logo, a responsabilidade seria contratual, pois se estaria diante do não cumprimento de obrigação estipulada contratualmente. Portanto, apenas quando o prejuízo suportado for proveniente da infringência aos deveres anexos de conduta (proteção, informação e lealdade), que advêm da boa-fé objetiva, no momento posterior à extinção do contrato, estar-se-á diante da responsabilidade pós-contratual em sentido estrito (culpa post pactum finitum).

Postas essas premissas, também resulta clara a assertiva, decorrente do diálogo das fontes entre o direito civil e o direito do trabalho, que também tal forma de responsabilização se projeta sobre o contrato de trabalho, especialmente a da boa-fé objetiva, tal como afirmado por Ana Frazão: “além de aumentar o rol dos deveres inerentes ao contrato de trabalho, ampliando os horizontes para a verificação da licitude dos comportamentos contratuais, a boa-fé objetiva também vem ajudando a redefinir importantes institutos trabalhistas” (Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. Gustavo Tepedino, coordenadores ... [et al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 324).

Julgados desta Corte amparam a tese, como elucida precedente específico que reconhece a tutela de expectativas legitimamente criadas em uma das partes integrantes do contrato de trabalho, ainda que concretizadas após o seu término, como também a obrigação de danos praticados pelo ex-empregador:

RECURSO DE REVISTA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA DO TRABALHO - ART. 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LIDES DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO - CAUSA DE PEDIR CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL - ABRANGÊNCIA PELO REFERIDO DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - ADESÃO DO EMPREGADO - SOLIDEZ DO EMPREGADOR - PRESSUPOSTO FÁTICO DETERMINANTE DA REFERIDA ADESÃO - DESCUMPRIMENTO DO DEVER ASSUMIDO PELA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA - ACIONAMENTO PARA INTEGRAL SATISFAÇÃO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA BUSCADA - BOA-FÉ OBJETIVA - ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL - TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGITIMAMENTE CRIADAS NA OUTRA PARTE DA AVENÇA, AINDA QUE ELAS SE CONCRETIZEM APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL - FUNDAMENTO DETERMINANTE PARA SE CONVOCAR À LIDE O EMPREGADOR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM QUE SE AFASTA, EM FACE DA PREPONDERÂNCIA DO ASPECTO TRABALHISTA SOB O ASPECTO PREVIDENCIÁRIO (JÁ QUE, SEM O PRIMEIRO, O SEGUNDO SEQUER EXISTIRIA) - ART. 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DISPOSITIVO QUE NÃO FAZ MENÇÃO À JUSTIÇA COMPETENTE PARA EXAMINAR LITÍGIOS PREVIDENCIÁRIOS, POR TRATAR, TÃO SOMENTE, DO CARÁTER AUTÔNOMO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. Nos termos do art. 114, I, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho afigura-se competente para examinar os litígios decorrentes da relação de trabalho, tenham eles fundo contratual ou não. Situação corriqueira vivenciada pelos empregados de empresas de grande porte econômico que consiste na existência de regime de previdência complementar, custeada por entidade criada pelo empregador, cuja adesão é facultada ao empregado, desde a firmação do contrato de trabalho. O empregado, que também ocupa o papel de consumidor (podendo, portanto, escolher a entidade que melhor atenda aos seus interesses), filia-se ao plano oferecido pelo seu empregador, na expectativa de que a solidez do empreendimento por ele desenvolvido (muitas vezes, decorrente de décadas de sucesso no segundo ou no terceiro setor) garanta a existência de recursos aptos à manutenção de seu padrão de vida, após a sua passagem para a inatividade remunerada (sabe-se, pois, que ao INSS cabe apenas garantir o mínimo existencial ao trabalhador brasileiro que, por diversos fatores, não mais exerce atividade remunerada). Após a extinção do contrato de trabalho, nas inúmeras situações em que o benefício previdenciário não é adimplido da forma como foi contratado, o ex-empregado não hesita em ajuizar reclamação perante esta Justiça Especial, convocando à lide o seu ex-empregador. Tal se dá porque é chegado o momento de o empregador honrar, juntamente com a entidade de previdência privada, aquela expectativa criada quando da vigência do contrato



de emprego. Nota-se, assim, que a causa de pedir, em relação ao empregador, repousa na quebra da legítima expectativa ostentada pelo obreiro, qual seja, de que não teria problemas financeiros ao se aposentar. Trata-se, pois, de responsabilidade pós-contratual (extracontratual), fundada na cláusula geral de boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, cuja eclosão ocorre após o encerramento do liame contratual, mas que não se afigura suficiente para afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria. Ao contrário, o mencionado art. 114 não contém nenhuma limitação de sua competência aos conflitos surgidos durante a vigência do pacto laboral, utilizando-se, pois, da genérica expressão -ações oriundas das relações de trabalho-. Além disso, não se pode utilizar o art. 202 da Carta Magna para afastar a competência desta Justiça Especial, pois a referida norma apenas positiva a autonomia do regime previdenciário complementar em relação àquele administrado pelo INSS, não guardando, pois, nenhuma pertinência com a discussão em comento. Note-se, por fim, que não é estranha à Justiça do Trabalho a resolução de problemas decorrentes da quebra do dever de boa-fé objetiva na fase pós-contratual, valendo citar como exemplo as recentes decisões atinentes à responsabilização civil do empregador pela inclusão do nome de empregado em listas negras. Recursos de revista não conhecidos. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - REFLEXOS DAS PARCELAS CTVA E CARGO COMISSIONADO EM OUTRAS PARCELAS - INEXISTÊNCIA DE ATO ÚNICO DO EMPREGADOR - PRESCRIÇÃO PARCIAL. A discussão diz respeito a reflexos das parcelas CTVA e Cargo Comissionado em outras parcelas. Versando a controvérsia reflexos de parcelas que já vinham sendo pagas aos reclamantes, o direito de perceber as respectivas diferenças renova-se a cada mês. A hipótese é de incidência da prescrição parcial, não atingindo a pretensão do direito, mas apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a data do ajuizamento da ação. Inaplicabilidade da Súmula nº 294 do TST. Recursos de revista não conhecidos. (RR - 800-54.2009.5.07.0014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/09/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/10/2012);

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL - ATO PRACTICADO EM OUTRA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA QUANDO JÁ EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO.

A Justiça do Trabalho é competente para julgar ação por meio da qual se pretende indenização por dano moral praticado na fase pós-contratual. No caso, trata-se de pedido de indenização por dano moral decorrente de acusação do empregador realizada na defesa de reclamação trabalhista promovida pela Autora anteriormente, após já extinto o contrato de trabalho, no sentido de que a Reclamante teria cometido delito ou furtado documentos da empresa durante a relação contratual. Constatada a possível afronta à cláusula geral da boa-fé objetiva. Recurso conhecido e provido. (RR - 141900-27.2000.5.15.0034, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 17/05/2006, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 16/06/2006).

O último dos questionamentos consiste em saber se o ato praticado pela ré e que fundamenta a presente ação representa violação a um dos citados deveres e se persiste a conseqüente reparação. De início, convém ressaltar que, no presente caso, consigna o

Regional que “o contrato de trabalho havido entre as partes está extinto desde 19.06.1997, em razão da aposentadoria da reclamante e, a partir daí, resguardada a condição de estipulante da reclamada e sua obrigação pela participação no pagamento de parte do prêmio, o vínculo se estabeleceu diretamente entre segurado e seguradora, sendo esta última responsável pela fixação do valor do prêmio a ser pago de conformidade com o capital segurado” (fl. 588) – destaquei.

Registre-se, inicialmente, que a pretensão deduzida não versa sobre o contrato de seguro, mas sim de benefício assegurado e disponibilizado pelo empregador, consistente na participação no seguro de vida, por ele patrocinado.

Essa foi, aliás, a tese consagrada no primeiro acórdão do Tribunal que reformou a sentença anteriormente proferida e acolheu a competência desta Justiça para processar o presente feito. Veja-se:

Tem razão a Recorrente. A Recorrida reconheceu que a proposta de apólice foi estipulada por ela, sendo mantida após a jubilação do Recorrente. A Recorrida concedeu a vantagem, consistente na participação no seguro de vida, por intermédio de terceiro, mas é a real e única patrocinadora. Trata-se, portanto, de controvérsia decorrente da relação de trabalho, cuja competência é desta Justiça, nos termos do artigo 114, IX, da Constituição Federal.

Ressalte-se que a pretensão deduzida em Juízo não versa sobre o contrato de seguro, mas sim de benefício assegurado e disponibilizado pelo empregador a ex-empregada, razão pela qual entendo que a competência é da Justiça do Trabalho.

Essa premissa é fundamental para que se compreenda o alcance da pretensão e da controvérsia e, em virtude da preclusão, não mais poderia ser questionada ou afastada posteriormente: trata-se de benefício estipulado no contrato de trabalho, para ser posteriormente exercido pelo ex-empregado.

Porém, conquanto tenha assim decidido, esse foi a principal linha de argumentação utilizada pelo Tribunal no segundo acórdão, ao examinar o mérito propriamente dito: nenhum direito seria assegurado à Agravante porque o vínculo se estabeleceu diretamente com a seguradora e, por isso, estaria regido pelas normas do Código Civil que disciplinam o contrato de seguro, sem que houvesse incidência da normatização pertinente ao contrato de trabalho. Confira-se em trechos que destaco:

Entretanto, a tese da vestibular, reiterada em sede recursal, não se sustenta, eis que a circunstância descrita não pode ser interpretada como alteração do pactuado, a ensejar a aplicação analógica do artigo 468 da CLT e consequente responsabilização do ex-empregador. Isso porque o contrato de trabalho havido entre as partes está extinto desde 19.06.1997, em razão da aposentadoria da reclamante e, a partir daí, resguardada a condição de estipulante da reclamada e sua obrigação pela participação no pagamento de parte do prêmio, o vínculo se estabeleceu diretamente entre segurado e seguradora, sendo esta última responsável pela fixação do valor do prêmio a ser pago de conformidade com



o capital segurado. Confira-se o teor do artigo 801 do Código Civil:

[...] Assim, tal como ponderou o magistrado de primeiro grau, os valores dependem de adesão e da concordância dos segurados, sendo que eventual irrisignação deve ser dirigida à seguradora.

Não fosse o obstáculo insuperável da preclusão, também olvidou a Corte Regional que a reclamada continua participando no custo mensal da parcela paga, não tendo, nesse aspecto, ocorrido qualquer alteração da pactuação havida entre as partes, motivo pelo qual não poderia ser analisada a pretensão pura e simplesmente em função das regras dessa modalidade contratual.

A partir desse equívoco, o Tribunal, igualmente, não fez prevalecer, no caso, os princípios específicos do Direito do Trabalho dirigidos à proteção do empregado cuja incidência permanece, mesmo que de forma mitigada, na condição de aposentado.

Mas, ainda que assim não fosse, a meu sentir, o presente caso comporta outra conclusão, na medida em que, como ressaltado no início da minha argumentação, os contratos devem ser interpretados com base na boa-fé objetiva que, por sua vez, deve nortear o comportamento das partes.

Tem razão a reclamada quando afirma que nenhuma cláusula contratual foi infringida, além do que inexistia qualquer norma jurídica específica que impedisse a atitude da empresa. Da mesma forma, pode-se asseverar que a reclamada não cometeu qualquer ilícito, tampouco houve abuso de direito.

Contudo, como se constata na decisão impugnada, concluiu o órgão julgador, no que se refere ao desmembramento da apólice 4721, que originariamente agregava empregados da ativa e aposentados, e assinalou: “... o fato de existirem duas apólices, a de número 850748 (fls. 201/209) contemplando os funcionários da ativa, e a de número 4721 (alterada para número 850851 – fls. 142/149), que abrange funcionários aposentados, não caracteriza procedimento discriminatório com ‘único intento’ de ‘expulsar’ os aposentados do benefício” (fl. 590). Por fim, afirmaram os julgadores que não há como reconhecer a hipótese de violação do artigo 422 do Código Civil, “eis que à reclamada não podem ser imputados os atos lesivos que a reclamante pretende ver reconhecidos” (fl. 591).

A apólice do seguro de vida “4721” foi desmembrada entre empregados ativos “850748” e aposentados “850851”, e foi a reclamante foi enquadrada neste último grupo.

Tal mudança fez com que o grupo, até então homogêneo, fosse dividido em dois, um deles com fator de risco – o denominado índice de sinistralidade – muito mais elevado, pelo menos em termos de probabilidade, representado pelos aposentados, em geral pessoas de idade mais avançada, cuja chance de morte se torna maior do que as que se encontram na ativa, também presumidamente mais jovens.

Esse novo enquadramento feriu a legítima expectativa da agravante de que, após anos de prestação de serviços e posterior aposentadoria, fosse o contrato de seguro man-

tido ou, em sendo alterado ou desmembrado, permanecessem as condições inicialmente pactuadas, sem a aludida redução do capital segurado e a majoração do prêmio mensal, salvo aquela natural mudança decorrente do fator de risco inerente ao contrato de seguro, mantido, repito, o caráter heterogêneo do grupo, para que fosse diluído e consequentemente preservado o risco.

Saliente-se que não há discussão quanto aos fatos mencionados relativos enquadramento da agravante na faixa equivalente ao teto, quando do jubramento (36 vezes o salário percebido), aumento do prêmio mensal de 48,4% no mês de outubro de 1987 e redução substancial do grupo de segurados, embora argumente a empresa que decorreram de aquiescência da agravante e autorização do grupo abrangido pela apólice.

Aliás, no que tange à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos, assevera Judith Martins Costa que constitui “papel fundamental do direito assegurar a proteção de expectativas” (Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. In Revista dos Tribunais, ano 95, volume 852, outubro/2006, p. 98).

Desta forma, é cristalina a violação ao princípio da boa-fé objetiva. A submissão da reclamante a novo contrato de seguro ou a elevação substancial do prêmio mensal acompanhada da redução do capital segurado, no qual não foram respeitados os termos inicialmente contratados, denota o comportamento desleal da reclamada, incompatível, portanto, com a boa-fé objetiva e viola os deveres anexos de lealdade e confiança. Trata-se de típica situação de aplicação da teoria da culpa post pactum finitum.

Nesse aspecto, inclusive, perfeitamente aplicável, por analogia, o teor do item I da Súmula nº 51 desta Corte: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.”

A contrario sensu, o comportamento adequado da ré seria a manutenção do benefício disponibilizado desde o início do pacto laboral, exatamente nos mesmos moldes, ou seja, do plano de seguro de vida constante da apólice “4721”, que agregava os empregados da ativa e aposentados.

O fundamento contido no acórdão de que “a modificação da apólice é sempre precedida de anuência expressa de três quartos do grupo segurado, tal como estabelece o § 2º, do mencionado artigo 801 do Código Civil, razão pela qual, considerando que as apólices foram renovadas, as alterações narradas na vestibular, sem dúvida, contaram com a anuência da reclamante”, está descontextualizado, na medida em que referido artigo tem aplicação para o caso de apólice em vigor. In casu, trata-se de nova apólice pactuada apenas para os ex-empregados aposentados e que visivelmente desvirtuou os moldes acordados quando da admissão da recorrente, o que lhe acarretou evidente prejuízo.



Ainda que assim não fosse, a anuência da reclamante em continuar com o novo seguro de vida, por si só, em um contrato que é tipicamente de adesão, não a impede de vir a juízo discutir a legalidade da alteração realizada e que ela, diante das circunstâncias, julgou conveniente aceitar.

De outro lado, é evidente a contraposição do interesse de ambos os grupos – o que comprova a quebra do dever de boa-fé objetiva, cuja caracterização prescinde analisar se houve, de fato, má-fé -, o que justificaria a obtenção do quórum de aprovação de três quartos do grupo segurado, mencionado na decisão impugnada como requisito apto a validar a alteração, na forma prevista no artigo 801, § 1o, do Código Civil.

Concluo, portanto, que o prejuízo suportado pela reclamante, em razão do desmembramento da apólice “4721” em dois grupos – ativos e inativos -, após a extinção contratual, foi proveniente da infringência ao dever anexo de conduta advindo da boa-fé objetiva.

Note-se que esse dever resulta da própria relação contratual, pois os efeitos do contrato, no que concerne ao dever de lealdade, persistem mesmo posteriormente ao fim da avença. Assim, é medida que se impõe o reconhecimento da responsabilidade civil pós-contratual.

Como uma mão à luva, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo em contratos tipicamente de seguro de vida e planos de saúde, em decisões paradigmáticas, acolhe a tese de incidência da cláusula da boa-fé objetiva na interpretação desses contratos, à luz do Direito do Consumidor. Destaco, na primeira delas, exatamente o reconhecimento do direito do consumidor em preservar condições pretéritas do contrato de plano de saúde, em função da majoração excessiva das mensalidades:

PLANO DE SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL. CONSUMO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. NORMA AUTO-APLICÁVEL, QUE PRESCINDE DE REGULAMENTAÇÃO.

1. O artigo 30 da Lei 9.656/98 confere o direito, após a cessação do vínculo laboral do autor, de ser mantido nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava durante a vigência de seu contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição.

2. O autor despendia R\$ 110,75 (cento e dez reais e setenta e cinco centavos) pela assistência médico-hospitalar, e o empregador arcava com R\$ 166,13 (cento e sessenta e seis reais e treze centavos), totalizando R\$ 276,88 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Com a mudança para outro plano, com pior cobertura, dentro do período em que o consumidor tinha direito a ser mantido no plano primevo, passou a pagar R\$ 592,92 (quinhentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos), não se podendo admitir que o tenha feito espontaneamente.

3. Os denominados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revelam-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da

boa-fé objetiva, sendo nítido que a recorrente faltou com aqueles deveres, notadamente os de lealdade; de não agravar, sem razoabilidade, a situação do parceiro contratual; e os de esclarecimento; informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual.

4. Os artigos 6º, incisos III, IV, V, 46, 51, incisos I, IV, XV, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor e 16, inciso IX, da Lei 9.656/98 impõem seja reconhecido o direito de o autor permanecer no Plano em que se enquadrava, com as mesmas condições e cobertura assistencial, no período subsequente ao rompimento de seu vínculo empregatício com o Banco.

5. Todavia, como o artigo 30, § 1º, da Lei 9.656/98 impõe a manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde, contanto que assuma o pagamento integral, pelo período máximo de 24 meses e, no caso, por força de antecipação dos efeitos da tutela, o autor permanece no denominado “Plano Associado” desde o ano de 2003, não pode ser mais imposto à ré a manutenção do recorrido naquele Plano.

6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 925.313/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 26/03/2012).

Em caso bastante parecido com a matéria ora em debate, esse mesmo Tribunal, fundamentado na boa-fé objetiva, reconheceu a ocorrência de danos materiais a um casal de idosos em virtude de rescisão unilateral, pela seguradora, de contrato de seguro de vida, pago durante cerca de 20 anos. Concluiu no sentido da abusividade do comportamento, violador dos deveres de confiança e lealdade:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MATERIAIS.

1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. Precedente específico da Segunda Seção desta Corte, Resp nº 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI.

2. Considerando que a relação contratual mantida entre a agravante e os agravados se estendeu por mais de vinte anos, bem como o fato de já serem idosos, perfeita sintonia entre o presente caso e o ‘leading case’ desta Terceira Turma segundo o qual “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI).

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1230665/SP, Rel.



Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 03/04/2013).

No voto condutor, o Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, restabeleceu a sentença que traçou contornos muito semelhantes ao caso em tela: em face da idade dos segurados, o custo da apólice se elevaria sobremaneira no mercado e, com isso, ficariam privados da cobertura. Transcrevo:

Quanto ao mérito, verifico que a lide não trata da renovação compulsória de contrato de seguro, mas cinge-se em determinar se a rescisão imotivada do contrato, renovado sucessivamente por mais de vinte anos, no momento em que os segurados atingem idade elevada, é fator causador de perdas e danos.

Para o juízo monocrático, cuja sentença foi restabelecida pelo acórdão embargado, tal conduta é fato gerador da obrigação de indenizar. A propósito, confira-se seus fundamentos, dos quais me utilizo, desde já, como razão de decidir:

“De fato, a rescisão imotivada do contrato, por simples desinteresse no prosseguimento do negócio jurídico, após mais de vinte e dois anos, desconsidera, de forma inequívoca, a visão do contrato como regulamento de interesses privados que produz efeitos na comunidade politicamente organizada, ou seja, na sociedade.

A rescisão unilateral do contrato sem motivo, após vinte e dois anos ininterruptos de cooperação e confiança entre as partes, somente seria admitida nos quadros de uma concepção individualista do negócio jurídico, centrada única e exclusivamente nos interesses particulares dos contratantes, considerados de forma estanque e autárquica.

Ora é justamente este quadro mental que a função social busca superar, ao conduzir o intérprete do contrato à visão e apreciação dos necessários efeitos coletivos gerados pelo regulamento de interesses privados.

(...)

A idéia central da função social é evitar que a vida do contrato seja atingida por ocorrências como a dos autos, em que uma seguradora, sem nenhum motivo, decide pro fim a uma relação negocial de mais de vinte anos, gerando sérios problemas econômicos aos autores, os quais serão obrigados a ir ao mercado contratar novo seguro, em idade avançada e sem nenhum benefício decorrente do seguro em grupo. (fls. 472/473)

(...) De fato, a ré poderá deixar de agir com eficácia e rigor na administração dos contratos de seguro de vida em grupo, controlando as despesas e verificando de forma aprofundada o pagamento das indenizações, bem como tomando medidas enérgicas para evitar fraudes.” (fls. 473)

Nessa ordem de idéias, a sentença condenou a ré a “pagar aos autores a diferença entre o último valor do prêmio do contrato resilido e o prêmio de um seguro equivalente no mercado, ..., a partir da ilegal resilição, estendendo-se durante o período de sobrevivência dos autores”, ou seja, até que atinjam a idade de oitenta anos. (fls. 476)

Quer dizer com isso, que o custo adicional que os autores, todos na faixa dos sessenta e poucos anos de idade, teriam na contratação de outro seguro, até que venham a completar oitenta anos, deverá ser custeado pela empresa ré como forma de reparação dos danos que emergem do rompimento contratual.

Deveras, o custo adicional que os segurados terão ao procurar o mercado para contratar novos seguros de vida, sendo obrigados a aceitar, certamente, condições mais onerosas do que aquelas existentes nos contratos resilidos, deverá ser custeado pela empresa agravante como consequência de haver frustrado a legítima expectativa de proteção para a idade avançada, criada no ânimo dos segurados, com as sucessivas renovações ao longo de vinte e dois anos.

Logo, não merece acolhida, no presente caso, a alegação de que “mero inadimplemento contratual não gera danos morais”, porquanto a companhia agravante foi condenada somente em perdas e danos.

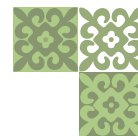
Também registro que a mesma decisão ampara-se em precedentes outros que consagram entendimento uniforme daquela Corte no sentido de reconhecer a abusividade da conduta relacionada à não renovação ou modificação, de modo abrupto ou injustificado, pelas seguradoras de contratos de seguro e reconhecem, em tais hipóteses, direito ao ressarcimento de perdas e danos, tudo com base na boa-fé objetiva e na função social do contrato, como demonstra a transcrição:

Quanto ao mais, o acórdão agravado nada mais faz do que dar coró ao entendimento, recentemente pacificado pela Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça, de que “a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo”. (REsp 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO).

Da mesma forma, o aresto impugnado alinha-se ao entendimento preconizado por esta Terceira Turma no sentido de que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva -violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual -confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA).

Também nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. RENOVAÇÃO DO CONTRATO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA FUNÇÃO



SOCIAL DO CONTRATO E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF.RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. ABUSIVIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido quanto a aplicação dos princípios da boa-fé, função social do contrato e proteção ao consumidor, utilizados para determinar a renovação do contrato de seguro, enseja o não conhecimento do recurso, incidindo o enunciado da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal.
2. É abusiva a rescisão unilateral do contrato de seguro, vigente por muitos anos, e ofende os princípios da boa-fé objetiva. Súmula nº 83/STJ.
3. Os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para autorizar a reforma da decisão agravada, de modo que esta merece ser mantida por seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1362420/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 17/08/2012) .

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE.

- 1.-O Tribunal estadual concluiu que a ré agiu de má-fé, pois tinha conhecimento que o primeiro autor encontrava-se sob tratamento para o câncer que acomete sua saúde. Indevido e ilícito, portanto, o cancelamento unilateral do plano de saúde promovido pela ré.
- 2.-Conforme já decidido por esta Corte a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo” (REsp 1.073.595/MG, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 29/04/2011). Dano moral configurado.
- 3.-A intervenção do STJ, Corte de Caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.
- 4.-Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado, em 23.03.2010, o valor da indenização em R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas da autora da lesão.
- 5.-Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 175.663/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe

29/06/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

2. “A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva -violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual -confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI).

3. A elisão das conclusões do aresto impugnado, comprovando a ocorrência dos danos morais, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg nos EDcl no Ag 1400796/RS, de minha relatoria, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012).

Nesse passo, verifico possível ofensa ao artigo 422 do Código Civil, o que torna plausível a revisão do despacho denegatório.

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

CONHECIMENTO

A reclamante argui a nulidade da decisão regional, por negativa de prestação jurisdicional, ao fundamento de que o Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração, permaneceu silente acerca de fatos e circunstâncias constantes dos autos que revelariam a responsabilidade da reclamada pelos prejuízos havidos após o término do contrato de trabalho.



Com esteio na Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte, passo à análise do recurso somente com relação aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT.

O exame dos autos revela que a Corte a quo proferiu decisão completa, válida e devidamente fundamentada, razão pela qual não prospera a alegada negativa de prestação jurisdicional.

Por outro lado, a argumentação exposta nos embargos de declaração evidencia que a real pretensão da parte era obter o reexame do conjunto probatório e a alteração do registro fático feito pelo Tribunal Regional, objetivos que não se coadunam com as disposições do artigo 897-A da CLT.

Acrescente-se que, para fins de prequestionamento, não é necessário que a decisão faça referência expressa aos dispositivos legais invocados. A adoção de tese explícita acerca da matéria discutida é suficiente para que se considere preenchido o mencionado requisito, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 118 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, o item III da Súmula nº 297 desta Corte deixa claro que se considera prequestionada a matéria jurídica invocada no recurso principal na hipótese de o Tribunal recorrido haver se recusado a adotar tese, mesmo após ter sido instado a fazê-lo, via embargos de declaração.

Ilesos, portanto, os artigos acima citados.

JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS

CONHECIMENTO

A recorrente sustenta que “não havia justificativa plausível” para não se considerar os documentos apresentados juntamente com seus embargos de declaração. Indica contrariedade à Súmula nº 8 desta Corte (fl. 612).

Eis a decisão recorrida:

“Não procede o inconformismo. Correto o direcionamento de origem ao não conhecer dos documentos de fls. 331/333, juntados com os embargos declaratórios de fls. 323/328, protocolizados em 09.03.2011, na medida em que emitidos em novembro de 2010, portanto, à época da protocolização da peça de fl. 316, em 14.12.2010, através da qual a recorrente requereu antecipação do julgamento, a demandante já tinha conhecimento acerca da referida documentação. Por outro lado, cientificada em 17.01.2011 da antecipação de julgamento para 14.02.2011 (fl. 319), permaneceu silente, operando-se a preclusão. Por corolário, o não conhecimento dos referidos documentos por este órgão revisor é medida que se impõe. Exegese da Súmula 08 do C. TST” (fls. 587/588).

O Regional consigna expressamente que não se trata de fato novo, na medida em que os documentos juntados com os embargos de declaração opostos se referem a fato ocorrido anteriormente a prolação da sentença. Nessa esteira, ao contrário do alegado, o Tribunal de origem decidiu em conforme à jurisprudência consolidada na Súmula nº 8 do TST.

Não conheço.

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM. CONHECIMENTO

Nos termos da fundamentação expendida na decisão do agravo de instrumento, considero que houve afronta ao artigo 422 do Código Civil, razão pela qual conheço.

MÉRITO

Como consequência lógica do provimento do agravo de instrumento e da constatação de haver sido violado o art. 422 do Código Civil, por estar a pretensão nele abrangida, há que ser provido o recurso de revista e o faço para, reformando o acórdão regional, julgar a ação PROCEDENTE EM PARTE e reconhecer o direito à manutenção do contrato de seguro, inclusive quanto ao valor a ser pago a título de prêmio mensal, em condições idênticas às fixadas para o pessoal da ativa, na linha do pedido formulado no item b.1 da petição inicial.

Também acolho o pleito de manutenção do capital segurado equivalente ao teto estabelecido para o pessoal da ativa e preservação da participação da empresa equivalente a 70% do custo mensal.

Indefiro o pedido de honorários advocatícios, na linha do entendimento consagrado na Súmula nº 219 desta Corte, com ressalva de entendimento pessoal, tendo em vista a ausência de prova dos requisitos exigidos pela Lei nº 5.584/70.

Cabe, por último e de ofício, determinar providências a fim de que seja efetivado, no menor tempo, o cumprimento da decisão e assim o faço por reconhecer a existência do que denomino, na esteira da melhor doutrina, de “direito fundamental à tutela específica”, que dá lugar não apenas à pretensão ressarcitória, mas também à condenação no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e possível aplicação de multa por descumprimento da decisão, com amparo no artigo 461 do CPC.

Na essência, trata-se de uma das mais importantes normas do sistema processual brasileiro por meio da qual se objetiva alcançar a efetividade da decisão judicial e materializa o direito fundamental à tutela efetiva, reconhecido pela moderna doutrina especializada. Destaca Athos Gusmão Carneiro, com apoio em Ada Pellegrini Grinover, ser “uma



das maiores conquistas do novo processo civil brasileiro” (Da antecipação da tutela. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 66).

Decorrente de uma das muitas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil no final do século passado, a regra instituída no § 5º do citado dispositivo constitui, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, citado por Fred Didier Jr., “cláusula geral executiva” por meio da qual se outorga ao magistrado poderes para, “à luz do caso concreto, valer-se de providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial”, com a finalidade de, ainda segundo o mesmo autor, “municar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões”. (DIDIER Jr., Fredie, et al. Curso de processo civil. v. 5. 14ª ed. Salvador: Podivm, 2014. p. 437).

Com os olhos voltados para o direito fundamental, reconhecido ao jurisdicionado, “de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF)” (autor e obra citados, p. 437), o magistrado dispõe de verdadeiro arsenal jurídico do qual pode se valer para fazer com que a decisão por ele proferida não seja uma mera promessa vazia ao titular da pretensão reconhecida em juízo no sentido de que encontra amparo no sistema jurídico, mas o cumprimento ficará a cargo da exclusiva vontade do devedor inadimplente e, não raras vezes, renitente.

É um verdadeiro “cheque em branco” que se atribui ao magistrado para, diante do caso concreto, determinar quaisquer providências que, a seu juízo, possibilitem à decisão judicial produzir efeitos para além do mundo dos autos e alcance a vida real, o mundo dos fatos, portanto, pois, como afirma Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 305),

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos valores os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Deve partir do universo processual para a vida, com vistas a garantir o direito fundamental à tutela executiva e, com “os olhos postos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado” (obra e autor citados, p. 437-438).

Na mesma linha:

JOAQUIM FELIPE SPADONI: “[...] a atividade jurisdicional exercida com base nos arts. 461 e 461-A do CPC tem sua instrumentalidade potencializada pela conjugação do provimento mandamental ao executivo lato sensu, podendo desencadear uma forma de tutela jurisdicional de grande eficiência na proteção dos direitos individuais e transindividuais, mormente aqueles de conteúdo não

patrimonial. Possibilita-se conceder ao jurisdicionado a tutela específica do seu direito, entregar-lhe tudo aquilo a que faz jus, atendendo-se à exigência constitucional da efetividade e adequação da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV). [...]

Por sua vez, o § 5º autoriza o juiz a determinar as medidas necessárias para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente na própria ação inibitória. [...]

Esta característica satisfativa denota, a bem da verdade, a natureza do provimento jurisdicional que acolhe o pleito do autor. Com efeito, fica revelado que o legislador da reforma, buscando disponibilizar instrumentos que levem à efetiva satisfação do direito do credor, optou por conjugar o provimento mandamental ao executivo lato sensu como meio de se alcançar a tutela inibitória. (SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 105; 113);

Exatamente por isso, rompe-se com a regra da congruência objetiva limitadora da atuação jurisdicional, diante do quanto previsto nos arts. 128 e 460 do CPC, e até mesmo com o princípio da inércia da jurisdição, em face da amplitude conferida pela regra em foco, ou seja, o magistrado pode não apenas autorizar a medida, como também escolher, independentemente de pedido, a que lhe pareça mais adequada, como assinala Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir aos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor:

Reconhece-se, ainda, em ambos os dispositivos, o poder de o juiz, de ofício, ordenar sob pena de multa ou determinar as denominadas 'medidas necessárias', para que seja obtida a tutela específica ou o resultado prático equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 98).

Nesse caminho, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio de inúmeros julgados, dos quais extraio alguns precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL

PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.



1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013);

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE REVISTAS - OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPROVAÇÃO, PELA EDITORA-RÉ, DA INVIABILIDADE ECONÔMICA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA - ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE TUTELA ESPECÍFICA E DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE - CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS - POSSIBILIDADE, INCLUSIVE DE OFÍCIO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE - POSSIBILIDADE, IN CASU - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A alteração das conclusões do acórdão recorrido no sentido de que a Editora recorrida teria comprovado suficientemente nos autos a impossibilidade econômica de continuar a cumprir a obrigação da fazer, implicaria o reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ);

II - Independentemente de a impossibilidade ser jurídica ou econômica, o cumprimento específico da obrigação pela recorrida, no caso concreto, demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento;

III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada;

IV - Na espécie, a aplicação do direito à espécie por esta Corte Superior, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, afigura-se possível, tendo em conta os princípios da celeridade processual e da efetividade da jurisdição;

V - Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1055822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 26/10/2011);

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 522, DO CPC) INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO AGRAVADA

QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA (ASTREINTES) POR DESCUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL QUE ESTIPULAVA PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DAS FICHAS FINANCEIRAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS A FIM DE VIABILIZAR A APURAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DESCONTOS INDEVIDOS NOS VENCIMENTOS.

IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA. BUSCA E APREENSÃO DOS DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. INTUITO RECALCITRANTE.

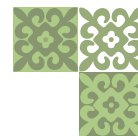
INEXISTÊNCIA.

1. A imposição de multa pecuniária, em desfavor da Fazenda Pública, pelo descumprimento da ordem de apresentação dos documentos requisitados pela autoridade judicial revela-se desarrazoada em virtude da possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão, à luz dos artigos 461, § 5º, e 461-A, § 2º, do CPC, notadamente quando não configurado o intuito recalcitrante do devedor.

2. Com efeito, o Código de Processo Civil autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento, a determinar medidas necessárias para assegurar a efetivação da tutela específica pretendida nas ações que tenham objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, bem como para garantir a obtenção do resultado prático equivalente (artigos 461 e 461-A).

3. Nesse segmento, os §§ 4º e 5º, do artigo 461, do CPC, enumeram, exemplificativamente, as medidas que podem ser adotadas pelo juiz, quais sejam: (i) imposição de multa diária ao réu, in limine ou quando da prolação da sentença, desde que fixado prazo razoável para cumprimento do preceito; (ii) busca e apreensão da coisa; (iii) remoção de pessoas e coisas; (iv) desfazimento de obras; (v) impedimento de atividade nociva; e (vi) requisição de força policial.

4. A Lei 10.444/2002 alterou a redação do § 5º, do aludido dispositivo legal, que passou a dispor que: “Art. 461. (...) § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.” 5. Destarte, o Codex Processual, entre outras medidas coercitivas, atribuiu ao juiz a faculdade de impor multa cominatória (astreinte) em desfavor do devedor (ainda que se trate da Fazenda Pública), tendo por escopo inibir o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (fungíveis ou infungíveis) ou de entregar coisa, sendo certo que a aludida pena pecuniária incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância (Precedentes do STJ: REsp 1.162.239/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.08.2010, DJe 08.09.2010; AgRg no REsp 1.176.638/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 17.08.2010, DJe 20.09.2010; AgRg no Ag 1.247.323/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 01.07.2010;



e REsp 987.280/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 20.05.2009).

6. Outrossim, “é possível a aplicação de multa coercitiva para constranger ao cumprimento de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor a observância de um fazer ou de um não fazer”, revelando-se evidente seu descabimento “para constranger alguém a fazer ou não fazer algo fática ou juridicamente impossível” (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, in “Código de Processo Civil - Comentado Artigo por Artigo”, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pág. 428).

7. Nada obstante, forçoso destacar que o artigo 461-A, do CPC (incluído pela Lei 10.444/2002), no que concerne à obrigação de entregar coisa, determina que, não cumprida a obrigação no prazo fixado pelo juiz, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel (§ 2º).

8. In casu, cuida-se de multa cominatória imposta pelo juízo singular, em sede de mandado de segurança, uma vez vislumbrado o descumprimento, pela Fazenda Nacional, da ordem judicial de que fossem apresentadas cópias das fichas financeiras dos servidores públicos federais (substituídos processuais) “para apuração de desconto feito nos seus vencimentos, embora houvesse determinação judicial vedando tal desconto”.

9. Consectariamente, a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão dos documentos requisitados pela autoridade judicial (artigos 461, § 5º, e 461-A, § 2º, do CPC) torna desarrazoada a fixação de multa pecuniária pelo descumprimento da ordem de apresentação, máxime quando existente pedido de dilação de prazo formulado pela Fazenda Pública, o que afasta a caracterização de seu suposto intuito recalcitrante.

10. Recurso especial provido a fim de excluir a multa pecuniária (astreintes) cominada pelo Juízo Singular em desfavor da Fazenda Pública. (REsp 1069441/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010);

ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima,

ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007)

4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. Precedente. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 15/08/2007, p. 268);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola a Constituição Federal, pois vida e saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas bem lançadas palavras do Ministro Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007) Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 851.797/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 330);

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO.

MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. MULTA DIÁRIA.

1. O § 5º do art. 461 do CPC confere ao julgador a prerrogativa de fixar as medidas que considere necessárias ao cumprimento da tutela específica concedida, independentemente de requerimento da parte, não havendo que se falar em julgamento extra petita na decisão que determina, de ofício, o bloqueio de valores em conta do Estado.

2. Apesar de possível a fixação pelo juízo, de ofício ou a requerimento da parte, de astreintes contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, não viola



os artigos 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil o acórdão que conclui ser ineficaz a multa, pois cabe às instâncias ordinárias aferir a adequação dessa medida.

3. Recurso especial provido em parte. (REsp 895.846/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 13/03/2007, p. 338).

Vale ressaltar que a doutrina destaca a importância dessa prerrogativa especialmente para a tutela dos direitos da personalidade, com campo fértil de aplicação no processo do trabalho.

Veja-se:

O art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, empresa, profissão ...), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em seus vários desdobramentos. [...]

Pode-se cogitar, ademais, da aplicação subsidiária das regras do art. 461 à tutela concernente aos deveres de fazer e de não fazer inseridos em relação trabalhistas. [...]

Também se encontra no campo material de abrangência do art. 461 o dever geral de abstenção, derivado da vedação de que alguém afronte ou pretenda afrontar a esfera jurídica alheia, sem que possua fundamento jurídico para tanto. Nessa categoria encontram-se os deveres correlatos aos direitos reais e direitos da personalidade. (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128; 129; 151)

Acrescente-se a adequação especial de tais medidas quando se trata de relações jurídicas permanentes ou duradoras, como a decorrente do contrato de trabalho, diante da possibilidade de violação posterior ao reconhecimento do direito por meio da decisão judicial. Não é outra a lição de Joaquim Felipe Spadoni:

Já quando se trata de relações jurídicas permanentes ou duradoras, a situação difere. Aqui, o direito pode ser violado tanto por atos instantâneos, quanto por atos continuados ou repetitivos, o que significa que mesmo já tendo sido praticados atos violadores do direito anteriormente ao ajuizamento da ação, ainda pode ser possível a tutela inibitória do direito. (SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 83).

Em resumo, o legislador manifestou a sua opção pela tutela efetiva e adequada dos direitos, muito mais do que a simples conversão em pecúnia.

Rompe-se, com isso, com a visão monetarista do processo e se privilegia o efetivo atendimento da pretensão que, ao fim e ao cabo, constituiu o elemento volitivo antecedente ao ajuizamento da ação judicial e que levou o titular da pretensão a agir em juízo, diante do insucesso de obter o adimplemento da obrigação de forma espontânea, como também para fazer cessar o comportamento lesivo.

Assim, como fixo o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do trânsito em julgado da presente decisão, para o respectivo cumprimento, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, nos termos do artigo 461, § 4º, do CPC.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Também à unanimidade, conhecer do recurso de revista, apenas quanto ao tema SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM, por violação do artigo 422 do Código Civil, e, dar provimento ao recurso de revista para, reformando o acórdão regional, julgar a ação PROCEDENTE EM PARTE e reconhecer o direito à manutenção do contrato de seguro, inclusive quanto ao valor a ser pago a título de prêmio mensal, em condições idênticas às fixadas para o pessoal da ativa, na linha do pedido formulado no item b.1 da petição inicial, a ser procedida em 30 (trinta) dias, a contar do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, nos termos do artigo 461, § 4º, do CPC. Também acolhido o pleito de manutenção do capital segurado equivalente ao teto estabelecido para o pessoal da ativa e preservação da participação da empresa equivalente a 70% do custo mensal. Inverte-se o ônus da sucumbência em relação às custas processuais, a serem recolhidas pela reclamada, no importe de R\$ 400,00, calculadas sobre o valor arbitrado de R\$ 20.000,00.

Brasília, 14 de maio de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator



4.ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001103-05.2010.5.05.0462 RecOrd

Recorrentes: ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA. e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Recorridos: ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE RODOVIÁRIOS URBANO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E FRETAMENTO DE ITABUNA

Relatora: Desembargadora GRAÇA BONESS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA DE TRANSPORTE COLETIVO COM ATRIBUIÇÕES DE COBRADOR. COMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. Em face da ausência de prova ou inexistência de cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA. e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, nos autos da ação civil pública em que litigam entre si, tendo ainda como Réu o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE RODOVIÁRIOS URBANO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E FRETAMENTO DE ITABUNA, interpõem RECURSO ORDINÁRIO contra a sentença de fls. 597/600, complementada pela decisão de fls. 630/630v., pelos motivos expendidos respectivamente às fls. 632/656 e 684/698. Concedido efeito suspensivo ao apelo da Ré mediante ação cautelar (fls. 657/660v.). Contrarrazões apresentadas às fls. 663/683 pelo Autor e às fls. 703/721v. pela Demandada. Não foram oferecidas pelo Sindicato da categoria profissional. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

É O RELATÓRIO.

VOTO

DA PRELIMINAR DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO

A sociedade empresária Recorrente (ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.) requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto.

Tal requerimento encontra-se prejudicado, contudo, pois o efeito suspensivo ao apelo já foi concedido por meio de ação cautelar inominada (fls. 657/660v.).

Ademais, na seara trabalhista, o meio próprio para se alcançar o efeito desejado pelo recorrente, qual seja, o efeito suspensivo do recurso ordinário, é a ação cautelar, consoante entendimento consagrado pela Súmula nº 414, I, do TST, in verbis:

Súmula nº 414 - TST - Res. 137/05 - DJ 22, 23 e 24.08.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 50, 51, 58, 86 e 139 da SDI-II. Mandado de Segurança - Justiça do Trabalho - Antecipação de Tutela ou Concessão de Liminar Antes ou na Sentença.

I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. (ex-OJ nº 51 - inserida em 20.09.00). [...].

INDEFERE-SE.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA

Arguida pela Ré (ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.), ao argumento de que houve cerceio de defesa em decorrência do indeferimento de produção de prova oral em audiência (fls. 262) para o deslinde da lide.

Requer seja declarada a nulidade desde o mencionado indeferimento da oitiva de testemunhas, a fim de que os autos sejam encaminhados ao Juízo a quo, voltando o processo à sua fase instrutória.

A irresignação não procede, todavia.

Ao contrário do quanto aduzido nas razões recursais, não se verifica, in casu, a indispensabilidade da oitiva das mencionadas testemunhas.

Em virtude do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, cabe ao julgador a livre apreciação da prova, podendo, inclusive, indeferir a produção de provas meramente protelatórias, bem como a que pretende provar fato incontroverso.

É certo que no Processo do Trabalho, regido pelo sistema inquisitório, o Juiz tem acentuado destaque na condução e direção do processo (art. 765 da CLT), inserindo-se em tal poder, na forma do art. 130 do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, determinar quais as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo a produção das que reputar inúteis.

Saliente-se, por fim, que é o julgador de primeiro grau que detém melhores condições de aferição da verdade, porque mais próximo das partes, testemunhas e informantes. Assim, apenas o juiz a quo é que tem respaldo para aferir acerca da necessidade da oitiva das testemunhas e preposto e, como visto, entendendo dispensável, não há nulidade a ser declarada.



REJEITA-SE, pois, a preliminar suscitada.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA

Arguida pela Ré (ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.), ao argumento de que a sentença de base superou os limites da lide, se configurando nulidade por julgamento ultra e extra petita.

Sem razão.

Como se vê na sentença de fls. 598/600, a Magistrada de primeiro grau se ateu aos limites postos na petição inicial de fls. 1/30 e nas contestações de fls. 263/295 e 346/348.

REJEITA-SE.

DO MÉRITO

Em face da similitude das matérias tratadas, os recursos serão apreciados de forma conjunta.

DO ACÚMULO DE FUNÇÕES. DAS MULTAS DIÁRIAS RELATIVAS A OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

A Ré (ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.) requer que seja dado provimento a seu apelo para que a ação seja julgada improcedente, alegando que contestou de maneira completa os pontos alegado pelo Autor, que não há empecilho ao exercício das funções de motorista e de cobrador.

O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, deseja que a sentença de piso seja reformada para se incluir a condenação ao pagamento de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais.

A irresignação ministerial não procede, melhor sorte tendo, porém, a Demandada ROTA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., como veremos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu poder normativo, de caráter autônomo, às categorias profissional e econômica relacionadas por meio das relações de trabalho, como se constata no art. 7º, XXVI, ao assegurar o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

Seguindo esta diretriz, a Consolidação das Leis do Trabalho teve recepcionados os artigos 611 a 625 pela Carta da República, detalhando a maneira como as categorias profissional e econômica podem efetivar seu poder normativo autônomo.

É o que se vê no caput do art. 611, in verbis:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

Por outro lado, não havendo previsão expressa a respeito de vedação ao acúmulo de funções compatíveis entre si, não pode ser paga qualquer diferença salarial proveniente da suposta cumulação.

É esta a previsão do art. 456 do Diploma Consolidado, literis:

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito. (Vide Decreto-Lei nº 926, de 1969)

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. (Grifou-se).

No caso em tela, data venia ao entendimento da Magistrada de origem, a sentença prolatada decorrente da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho deve ser reformada para se julgar improcedentes os pedidos contidos na exordial.

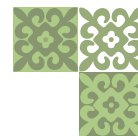
Nesse passo, em que pese a previsão do art. 456 da CLT, o aditivo ao acordo coletivo relativo ao período de 2006/2007 (fls. 146) previu expressamente a possibilidade de “o motorista efetuar a cobrança dos passageiros, sem que isso implique em [sic] alteração em suas funções e seus vencimentos, alteração salarial ou qualquer outro benefício”.

O Acordo Coletivo referente ao período de 2007/2008 (fls. 147/167) estabeleceu na cláusula 40ª explicitamente que “os aditivos que compõem os Acordos anteriores farão parte integrante do presente acordo coletivo”.

Já as normas relativas aos períodos de 2009/2010 (fls. 237/248), sentença normativa 2010/2011 (fls. 308/313 e 389/393) e acordo coletivo (fls. 415/423) não apresentam qualquer vedação ao exercício compatível das funções de motorista e cobrador nas relações de trabalho que envolvem as categorias que mencionam.

O que se constata, portanto, é que as partes que pactuaram os citados acordos coletivos e a sentença normativa indicada não cometeram qualquer desrespeito ao ordenamento jurídico pátrio, não havendo crédito quanto a diferenças salariais decorrentes do alegado acúmulo funcional.

O Colendo TST possui a mesma linha de entendimento, como se vê nos seguintes precedentes:



DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA DE TRANSPORTE COLETIVO COM ATRIBUIÇÕES DE COBRADOR. COMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. I. No âmbito desta Corte Superior, a questão tem sido decidida à luz do disposto no artigo 456, parágrafo único, da CLT: -A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal-. II. É possível, portanto, a aplicação do entendimento de que a atribuição de receber passagens é compatível com as condições contratuais do motorista de transporte coletivo, não havendo amparo legal para que se conclua que o exercício dessa atribuição, nos momentos anteriores ao início da viagem propriamente dita, importe em alteração contratual ilícita, conforme dispõe o artigo 468 da CLT. III. Precedentes. IV. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento, para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais e reflexos decorrentes do exercício da função de cobrador (RR - 18700-15.2005.5.01.0222 , Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT: 14/02/2014)

ACÚMULO DE FUNÇÕES - ART. 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT - FUNÇÃO DE ENCARREGADO DE COMPRAS - ATIVIDADE INSERIDA NAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO TÉCNICO EM MECÂNICA. Nos termos do art. 456, parágrafo único, da CLT, à falta de previsão expressa no contrato de trabalho, entende-se que o empregado encontra-se obrigado a desempenhar todas as funções compatíveis com o cargo por ele ocupado na empresa. Na espécie, o Tribunal Regional consignou que o autor fora contratado na função de técnico em mecânica, e também exercera seu mister conduzindo veículo para a realização de compras de material necessário ao desempenho de suas atividades laborais. Portanto, não há motivo apto a contemplar o autor com o pleiteado adicional por acúmulo de funções. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1676-32.2012.5.11.0001, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT: 07/02/2014)

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO SINDICATO DE CLASSE. ACÚMULO DE FUNÇÃO. MOTORISTA E COBRADOR. MICRO-ÔNIBUS. Em processos em que se discute a possibilidade de acúmulo das funções de motorista e cobrador, esta Corte tem dirimido a questão conforme o art. 456, parágrafo único, da CLT, que dispõe que -à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal-. Assim, tem decidido pela possibilidade do exercício da dupla função em casos como o de motorista de micro-ônibus. Violação da lei e da Constituição Federal não configurada. Ressalva de entendimento pessoal. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 1419-61.2010.5.03.0013, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT: 06/12/2013)

RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES - MOTORISTA - COBRADOR. Nos termos do artigo 456, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a respeito, o obreiro se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho não obsta que um único salário seja fixado para remunerar todas as atividades executadas duran-

te a jornada laboral. Assim, in casu, o exercício de atividades diversas, compatíveis com a condição pessoal do empregado, não enseja o pagamento de plus salarial por acúmulo de funções, restando remuneradas pelo salário todas as tarefas desempenhadas dentro da jornada de trabalho (Precedentes desta Corte). Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-5636-46.2010.5.01.0000, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT de 2/12/2011)

RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA. COBRADOR. Na linha de precedentes desta Corte, não há falar em violação do art. 468 da CLT, decorrente da acumulação das funções de motorista e cobrador, uma vez que a situação se enquadra na previsão contida no parágrafo único do art. 456 da CLT, no sentido de que: -à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal-. Ademais, alegado pelo reclamante que sempre cumulou as funções, descabe cogitar de alteração contratual ilícita. Arestos inservíveis (óbice da alínea -a- do art. 896 da CLT e da Súmula 337, I/TST) ou inespecífico (Súmula 296/TST). Recurso de revista não conhecido. (RR - 144300-03.2007.5.03.0131 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: 20/05/2011)

Assim, não há como se deferir os pleitos contidos na peça inicial sem se ofender a Constituição Federal da República Federativa do Brasil e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante do exposto, REJEITO as preliminares arguidas e DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário interposto pela Reclamada para reformar a sentença de base e julgar improcedentes os pleitos contidos na exordial; NEGOU PROVIMENTO ao apelo do Autor.

ISTO POSTO, acordam os Juízes da 4ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, REJEITAR as preliminares arguidas e DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário interposto pela Reclamada para reformar a sentença de base e julgar improcedentes os pleitos contidos na exordial; NEGOU PROVIMENTO ao apelo do Autor. Acordam os Desembargadores da 4ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, REJEITAR as preliminares arguidas e, no mérito, por MAIORIA, DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário interposto pela Reclamada para reformar a sentença de base e julgar improcedentes os pleitos contidos na exordial; vencido o Ex.mo Desembargador ALCINO FELIZOLA, que negava provimento ao recurso. Por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao apelo do Autor.

Salvador, 03 de Setembro de 2014

MARIA DAS GRAÇAS OLIVA BONESS
Desembargadora Relatora



4ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000090-58.2012.5.05.0281RecOrd

RECORRENTE(s): Ministerio Publico da União

RECORRIDO(s): Universidade do Estado da Bahia

RELATOR(A): Desembargador(a) LOURDES LINHARES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ESTAGIO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Refoge ao âmbito desta Justiça Especializada competência para conhecer e julgar controvérsias decorrentes de contrato de estágio com a instituição de ensino, tendo em vista que a causa de pedir e os pedidos postos à apreciação deste Juízo pelo MPT não tem por sustentáculo direto a relação de trabalho entre as partes, ostentando, portanto natureza predominantemente civil.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO recorre ordinariamente em face da sentença de fls. 211/212, que extinguiu liminarmente, sem julgamento do mérito, por incompetência absoluta a AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE, tombada sob o nº 0000090-58.2012.5.05.0281, ajuizada em face de UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA, pelos motivos expendidos às fls. 216/223. Foram oferecidas contrarrazões (fls. 226/227).

É O RELATÓRIO.

VOTO

DO CONTRATO DE ESTÁGIO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INCOMPETÊNCIA

O Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente Ação Civil Pública a fim de ver condenada a ré -UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA- nas obrigações de fazer a seguir enumeradas, sob pena de multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida, acrescida de R\$2.000,00 (dois mil reais) por estagiário alcançado por cada descumprimento constatado:

a) formalizar as relações de estágio mediante celebração de termo de compromisso com o educando e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar;

b) avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando, a cada seis meses, ou em outro período a ser fixado;

- c) indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, com responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário;
- d) exigir da parte concedente de estágio indicação de funcionário de seu quadro pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estágio, para orientá-lo e supervisioná-lo;
- e) exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 meses, de relatórios das atividades
- f) zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas;
- g) elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos;
- h) comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas;
- i) controlar e acompanhar a concessão de direitos do estagiário, especialmente a bolsa-auxílio e auxílio-transporte, exceto no estágio obrigatório;
- j) adequar suas normas internas, especificamente o seu regimento geral e o regulamento de estágio, entre outros diplomas porventura existentes, ao quanto disposto pela Lei nº 11.788/08
- k) contratar seguro contra acidentes pessoais em normas do estagiário, nos termos da Lei nº 11.788/08, ou exigir que a unidade concedente de estágio o faça.

Em sede de inicial, o parquet aduziu que, a fim de apurar denúncia formulada pelo Conselho Regional de Educação Física- CREFI 13ª Região, relatando que estudantes da UNEB estavam submetidos a estágio irregular, em total desacordo com a Lei Nº 11.788/2008, instaurou 03 (três) procedimentos administrativos, dentre os quais o Inquérito Civil Nº 230.2011.05.003/8, no qual foi comprovado que a referida universidade “não exerce o seu dever de supervisionar os estágios não-obrigatórios, além de não interferir nas relações dessa qualidade” (fl. 02)

Destacou que o objeto da presente ação envolve direitos metaindividuais na esfera trabalhista: direitos coletivos, em relação aos educandos matriculados na UNEB, e direitos difusos, relativos aos profissionais que são excluídos do mercado de trabalho e à sociedade como um todo, prejudicada pela oferta de serviços não suficientemente qualificados, atraindo, portanto, a competência desta Especializada.

O douto Ministério Público asseverou, por fim, que a UNEB ignora suas responsabilidades como instituição de ensino, “sendo negligente e irresponsável com seu fim social de promover a educação, infringindo a ordem jurídica e comprometendo a qualidade da formação de seus estudantes” (fl. 07).



No entanto, a r. decisão originária, que considerou a matéria estranha à competência desta Justiça Especializada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, deve ser confirmada.

Em que pese ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da Emenda Constitucional nº45/2004, esta alteração não é tão abrangente a ponto de abarcar o conhecimento de lide que versa sobre obrigações descumpridas pela instituição de ensino no acompanhamento dos estágios, sejam esses curriculares ou extracurriculares.

Note que as pretensões formuladas pelo MPT não envolvem qualquer descumprimento das obrigações principais e acessórias decorrentes de um contrato de emprego/trabalho dos estudantes com a parte ré, e nem poderia, visto que o desvirtuamento do contrato de estágio impõe o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços, concedente do estágio, e não com a instituição de ensino.

Nesse sentido dispõe o art. 3º da Lei nº 11.788/2008, ao preceituar que o estágio, seja ele obrigatório ou não, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, salvo se descumpridos os requisitos previstos no próprio dispositivo, quando o vínculo é caracterizado com o educando e a parte concedente do estágio. Confira-se:

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso”

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.”

Não se olvida que a tutela dos interesses difusos não repousa necessariamente sobre a existência de uma relação de emprego/trabalho presente, podendo esta ser futura. Com efeito, a competência material desta Especializada para julgar ação civil pública alcança

o conflito de interesses entre empregador e trabalhador/empregado atuais ou potenciais. Assim, a título de exemplo, quanto o MPT almeja a não discriminação das mulheres em um determinado emprego, o conflito alcança inclusive as mulheres empregáveis e o respectivo potencial empregador. Todavia, a instituição de ensino, ora recorrida, na presente hipótese, não possui potencialidade para figurar como empregador na sobredita relação com os estagiários.

Não obstante a matéria inserta na ação civil pública trabalhista possuir nuances próprias, o que, por vezes, dificulta o enquadramento da fixação da competência material da Justiça do Trabalho, não se pode perder de vista que o fator determinante da competência é a natureza da pretensão deduzida em juízo, que, a seu turno, é definida pelo pedido e pela causa de pedir deduzidos.

Ocorre que, in casu, a causa de pedir e os pedidos postos à apreciação deste Juízo pelo MPT não tem por sustentáculo direto a relação de trabalho entre as partes, ostentando, portanto natureza predominantemente civil, sendo, destarte, competente a Justiça comum para apreciá-la e julgá-la.

Neste sentido o seguinte aresto, oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA- JUSTIÇA DO TRABALHO- JUSTIÇA COMUM- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS- INCIDENTE OCORRIDO DURANTE EXERCÍCIO DE ESTÁGIO CURRICULAR OBRIGATÓRIO- INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS- ÍNDOLE EMINENTEMENTE CIVIL- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM- 1- Cuida a hipótese de ação de indenização, promovida por estagiário contra instituição de ensino e de instituição hospitalar autorizada a ministrar estágio obrigatório curricular, na qual é alegada a ocorrência de danos materiais e morais derivados de incidente que expôs estudante ao perigo de contágio por vírus, obrigando-a a submeter-se a tratamento preventivo. 2- Não configurada, na hipótese, a existência de vínculo laboral, mas de relação civil de prestação de serviços de disponibilização de vaga de estágio obrigatório acadêmico, exigido por instituição de ensino superior para colação de grau, competindo à Justiça Comum processar e julgar a ação de indenização. 3- Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual. (STJ - CC 131.195 - (2013/0377952-0) - Rel. Min. Raul Araújo - DJe 04.04.2014 - p. 100)

A toda evidência, portanto, a presente controvérsia não se encontra albergada pelo art. 114 da CF/88, com a redação dada pela Ec nº 45/2004, porquanto somente os pedidos que tenham a relação de trabalho como fato essencial da causa de pedir estão sujeitas a jurisdição desta Especializada.

Nesse passo, correta a sentença ao declarar a incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciação da demanda, determinando a remessa dos presentes autos à Justiça Comum.



Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho, confirmando a sentença que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a causa, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

Isto posto, acordam os Desembargadores da 4ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, confirmando a sentença que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a causa, extinguindo o processo sem resolução do mérito.//

PROCESSO nº 0010117-61.2013.5.05.0024 (RO)

RECORRENTE: ROBERTO LUIS MENDES COSTA

RECORRIDO: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DO ESTADO DA BAHIA - CONDER

RELATOR: LUIZA APARECIDA OLIVEIRA LOMBA

SALÁRIO PROFISSIONAL DOS ENGENHEIROS, QUÍMICOS, ARQUITETOS, AGRÔNOMOS E MÉDICOS VETERINÁRIOS.

VEDAÇÃO A FIXAÇÃO EM MÚLTIPLOS SALÁRIOS MÍNIMOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 04 DO STF NO DOU.

A vinculação do salário mínimo como indexador para reajuste de salário e de qualquer vantagem de servidor público ou empregado foi explicitamente vedada pelo Eg. STF. A partir da edição da Súmula vinculante n. 04, a parte não faz mais jus a qualquer vinculação de sua remuneração ao valor do salário-mínimo, como base no precedente extraído do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o empregado admitido na vigência da Lei 4.950-A/66 e antes de 1988, tinha assegurado o piso salarial prevista na referida lei, passando a incidir sobre tal piso os reajustes normativos, e não mais com base no salário mínimo após a vigência da Súmula vinculante nº 4 do STF.

ROBERTO LUIS MENDES COSTA, nos autos da reclamação trabalhista em que litiga com COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DO ESTADO DA BAHIA-CONDER, recorre da r. decisão ID1742740, proferida pelo MM. Juiz da 24ª Vara do Trabalho de Salvador, apresentando suas razões recursais ID 18539ad.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamado ID 01dddb2 - Pág. 1.

É O RELATÓRIO.

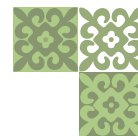
VOTO

ADMISSIBILIDADE:

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do apelo, dele conheço, bem como das contrarrazões.

MÉRITO:

DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DO PISO MÍNIMO DE ENGENHEIROS ESTABELECIDO NA LEI 4.950-A/66. INEXISTÊNCIA. DE OFENSA A SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF. INCIDÊNCIA DA OJ 71 DA SD2 DO TST.



Investe o reclamante em face da total improcedência das pretensões vindicadas na inicial. Alega que é credor do pagamento das diferenças salariais decorrentes da não observância do piso mínimo estabelecido para a categoria profissional dos engenheiros. Argumenta que não pretende atrelar sua remuneração a qualquer correção ou indexação incidente sobre o salário mínimo, mas apenas a adequar à legislação vigente no país. Pede que sejam observadas a OJ 71 da SDI-2, do TST, a Súmula 370 e 358, do TST, indicando, ainda, diversos julgados acolhendo a tese defendida na inicial.

Ao exame.

Antes de tudo, em razão do efeito devolutivo em profundidade contido no artigo 515, §§ 1º e 2º, do CPC, passo a examinar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e a prescrição parcial arguidas na contestação.

Impossibilidade Jurídica do Pedido:

Suscitou a reclamada a preliminar em destaque ao fundamento de que o pedido contido na inicial esbarra na Súmula vinculante n. 04, sendo flagrantemente inconstitucional.

Sem razão.

A possibilidade jurídica do pedido é uma das condições da ação. Nesse passo, importa verificar se o demandante ancorou sua pretensão em norma prevista no ordenamento jurídico pátrio. A discussão se, a partir daí, teria direito a essas parcelas ou não é matéria de mérito, não cabendo no instante prefacial.

Discorrendo sobre o tema ensina Eduardo Talamine¹:

“É bem verdade que muitas vezes se associa a idéia de impossibilidade jurídica do pedido a uma “macroimprocedência” do pedido. Nessa perspectiva, o pedido seria juridicamente impossível quando o juiz pudesse constatar de plano a sua inviabilidade pela simples aplicação das normas jurídicas (i.e., sem precisar descer ao exame da veracidade dos fatos afirmados). No entanto, a idéia de impossibilidade jurídica como “macroimprocedência” não retrata uma verdadeira “condição da ação”, entendida como requisito processual que antecede o julgamento do mérito. A idéia de “macroimprocedência” nada mais é do que um julgamento de mérito que prescinde de provas. Por isso, parece mais adequado reservar a noção de impossibilidade jurídica do pedido apenas para os casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento (ex.: pedir a prisão civil do suposto devedor de uma obrigação pecuniária não-alimentícia; pretender promover execução por quantia certa comum, com penhora, contra a Fazenda Pública; pedir a condenação do réu ao pagamento de uma dívida de jogo).”

In casu, não há qualquer impedimento legal quanto as pretensões formuladas na inicial, valendo registrar que a discussão quanto a constitucionalidade ou não da norma invocada é matéria de mérito.

Mantenho.

Prescrição:

O magistrado singular pronunciou, corretamente, a prescrição parcial dos créditos exigíveis no período anterior a 06/09/2008, cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, distribuída eletronicamente em 06/09/2013.

Sem reformas.

Ultrapassadas tais questões prévias, passo ao exame do mérito.

Narrou o demandante, na inicial, que “...não pretende atrelar o seu salário à correção pelo salário mínimo, mas, reajustá-lo à legislação vigente produzindo efeitos ex tunc. Desta forma, a partir do trânsito em julgado, o salário base do Reclamante será aquele determinado na Lei 4.950-A/66 com anotação na CTPS e incluindo em folha o valor, observando que este deve ser corrigido anualmente de acordo com as CCTs da categoria...”

Postulou, em sequência, no pedido “a” da inicial: “...Pagamento das diferenças de salário mês a mês, a partir do ano de 2008 e até o trânsito em julgado da decisão, em face do não pagamento do piso profissional legal, observando a forma de cálculo indicada no item “3” da exordial e considerando a sétima e oitava horas remuneradas com o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor hora normal, nos termos do exposto no item 2 e observando a Lei 4.950-A/66;...”

A reclamada, em defesa, atacou a pretensão do demandante, argumentando que a fixação do salário de determinada categoria profissional com base em determinado número de salários mínimos representa verdadeira afronta ao texto constitucional, à medida que ofende o art. 7º, IV, da CF/88, bem como à Súmula vinculante n. 4 do STF.

Como se infere da inicial, o demandante não pretende a vinculação anual de sua remuneração ao valor do salário-mínimo, mas apenas que seja arbitrada conforme a Lei n. 4.950-A/66 e depois sistematicamente corrigida a partir dos reajustes salariais oriundos das Convenções Coletivas aplicáveis a sua categoria profissional.

Fixadas estas balizas, tem-se que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, garante o “...salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim...”

Como se infere, na parte final do dispositivo constitucional, é vedada qualquer correção automática vinculada a variação do salário mínimo, a fim de preservar seu reajuste periódico e anual sem afetar diversos segmentos econômicos, majorar a inflação e prejudicar a economia do país.



Neste sentido, foi editada a Súmula Vinculante 04, do STF, assim vazada: “...Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial...”

Destarte, pode-se concluir que a vinculação do salário mínimo como base de cálculo de qualquer vantagem de servidor público ou empregado foi explicitamente vedada pelo Eg. STF, a partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da referida Súmula vinculante no Diário Oficial da União.

Cumprir registrar que a discussão devolvida pelo recorrente já foi objeto de diversos julgados deste Tribunal Regional. A jurisprudência local seguia sistematicamente a interpretação extraída da OJ 71, da SDI - II, do TST, que assim dispõe:

“... 71. AÇÃO RESCISÓRIA. SALÁRIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO. MÚLTIPLO DE SALÁRIO MÍNIMO. ART. 7º, IV, DA CF/88 (nova redação) - DJ 22.11.2004 A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário mínimo...”

E vários são os julgados deste Regional, se não vejamos: “...FIXAÇÃO DO SALÁRIO PROFISSIONAL DOS ENGENHEIROS EM MÚLTIPLOS DO SALÁRIO MÍNIMO. LEI Nº4950-A/66. POSSIBILIDADE. Apesar da proibição contida no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal quanto à utilização do salário mínimo como base de cálculo de qualquer vantagem salarial, não há qualquer óbice legal quanto ao procedimento de fixação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo, tendo o C. TST, inclusive, editado a OJ nº71 da SDI-II. (Processo 0000488-34.2011.5.05.0024 RecOrd, ac. nº 098090/2012, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 05/06/2012.)”

ENGENHEIRO. PISO PROFISSIONAL. LEI 4.960-A/66. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. CONSTITUCIONALIDADE. Não é inconstitucional a previsão contida na Lei n. 4.950-A/66 no sentido de vincular o salário profissional dos engenheiros ao salário mínimo legal. (Processo 0000041-09.2010.5.05.0371 RecOrd, ac. nº 041275/2010, Redator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 4ª. TURMA, DJ 10/12/2010.)

“SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL. ENGENHEIROS. LEI 4.950-A/66. CONSTITUCIONALIDADE. Não há inconstitucionalidade em se vincular, com base em lei (ex: engenheiros, Lei 4.950-A/66), o salário profissional a múltiplos de salário-mínimo. O que não pode é seu reajuste automático indexado ao mínimo, pois, ai sim, estar-se-á violando o art. 7º, IV, da Constituição Federal e Súmula Vinculante n. 04 do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha é o entendimento do TST consubstanciado na OJ 71 da SD12. (Processo 0114500-70.2007.5.05.0131 RecOrd, ac. nº 039882/2010, Relator Desembargador VALTÉRCIO RONALDO DE OLIVEIRA, 4ª. TURMA, DJ 02/12/2010.)

Todavia, atualmente, este não é mais o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal.

Com a devida venia dos judiciosos pensamentos contrários, a fixação do salário profissional a partir de determinado número de salários mínimos, em última medida, representa indexação anual de seu valor, uma vez que, a majoração substancial e sistemática do mínimo nacional, como se tem visto nos últimos dez anos, importa em acréscimos substanciais nos salários dos trabalhadores abrangidos pela citada legislação especial, o que é vedado pela Súmula Vinculante 04 do STF.

Neste diapasão, caminha a atual e recente jurisprudência, como se colhe do seguinte precedente:

“...AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279 DO STF. REMUNERAÇÃO. LEI 4.950-A/1966. PISO SALARIAL. MÚLTIPLOS DO SALÁRIO-MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CF. SÚMULA VINCULANTE 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam a decisão a quo, bem como reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. II - A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a fixação do piso salarial em múltiplos do salário mínimo ofende o artigo 7º, IV, da Constituição. Precedentes. III - O entendimento desta Corte, consubstanciado na Súmula Vinculante 4, é de que, salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 777620 MA, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

“...CONSTITUCIONAL. TRABALHO. REMUNERAÇÃO. LEI 4.950-A/1966. PISO SALARIAL. MÚLTIPLOS DO SALÁRIO-MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CF. SÚMULA VINCULANTE 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a fixação do piso salarial em múltiplos do salário mínimo ofende o artigo 7º, IV, da Constituição. Precedentes. II - O entendimento desta Corte, consubstanciado na Súmula Vinculante 4, é de que, salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. III - Agravo regimental a que se nega provimento...”. (STF - ARE: 689583 RO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/05/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04-06-2014 PUBLIC 05-06-2014)



Inclusive, há precedente do próprio TST, mesmo que de corrente minoritária, se não vejamos:

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO MÍNIMO. FIXAÇÃO DO SALÁRIO PROFISSIONAL DE ENGENHEIROS. LEI Nº 4.950-A/66. SÚMULA VINCULANTE Nº 04 DO STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a fixação do piso salarial em múltiplos do salário mínimo ofende o art. 7º, IV, da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 4 (ARE 689583/RO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15/06/2012). Assim, impõe-se o provimento do recurso de revista, em face do disposto no art. 103-A da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 410920105050371 41-09.2010.5.05.0371, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 08/08/2012, 1ª Turma)

Transpondo tais ensinamentos ao caso vertente, posso concluir que a partir da edição da Súmula vinculante n. 04, o demandante não faz mais jus a qualquer vinculação de sua remuneração ao valor do salário-mínimo, como base no próprio precedente extraído do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, não vejo como negar a pretensão de que sua remuneração seja apenas equiparada ao que determina a Lei 4.950-A/66 até o ano de 2008, sendo depois devidamente corrigida pelos mesmos índices de atualização fixados para o reajuste salarial da categoria profissional a que pertence, como, inclusive, foi postulado na inicial.

Isto, porque, O Recorrente foi admitido sob a vigência da lei em exame e em data anterior a 1988. Portanto, quando de sua admissão a lei se encontrava em vigor e era absolutamente compatível com a constituição então vigente. Logo, o piso salarial a ser plicado ao seu contrato de trabalho era o previsto na referida lei. Assim, até a edição da Súmula vinculante 04, publicada no DOU em 09 de maio de 2008, não existia qualquer impedimento formal a observância do piso de sua categoria profissional diferenciada, sendo vedada, apenas, a correção anual com a variação do valor do salário mínimo nacional.

É exatamente este o pensamento extraído na OJ 71, da SDI-2, do TST, como destacado acima.

Daí porque declaro o direito do autor a ter seu salário, em janeiro de 2008, mês da divulgação do valor do salário-mínimo nacional antes da edição da Súmula vinculante 04, fixado na forma da Lei n. 4.950-A de 66, sendo a partir daí devidamente corrigido pelos índices de reajustes concedidos pelo empregador durante o contrato de trabalho e condeno a reclamada ao pagamento das diferenças salariais vencidas, observado o marco da prescrição quinquenal, e vincendas com implantação em folha dos respectivos valores mensais, no prazo de 60 dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00.

Condeno, ainda, o reclamado ao pagamento das diferenças de férias e 1/3, 13º salário, 14º salário e FGTS, devendo, também, as diferenças vincendas seguirem a mesma sorte do principal, quanto ao implantação em folha de pagamento.

Afora isso, condeno o reclamado a retificar os registros da Carteira de Trabalho obreira, apontando o correto montante salarial, no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00.

PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO E REQUERIMENTOS CAUTELARES

Na liquidação deverá ser observada a evolução salarial a ser definida em liquidação, realização dos descontos legais de IR e INSS, o primeiro de acordo com o disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.127, de 7 de fevereiro de 2011 e, o último, de acordo com as alíneas “a” a “x” do § 9º, do artigo 28 da Lei nº 8.212/91. Os juros de mora são simples a contar da data de ajuizamento da ação em apreço, em relação as parcelas vencidas. Quanto à atualização monetária deverá ser aplicada a partir do entendimento manifestado através da Súmula 381, do TST, ou seja, primeiro dia útil do mês subsequente.

1 Coisa Julgada e sua Revisão, Ed Revista dos Tribunais pag. 382

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua realizada no dia 30 de setembro 14ª Sessão Extraordinária de 2014, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 24.09.2014, sob a Presidência, em exercício, da Excelentíssima Desembargadora do Trabalho DALILA ANDRADE, presentes as Excelentíssimas Desembargadora LUÍZA LOMBA e a Juíza Convocada M^a ELISA COSTA GONÇALVES, bem como a Excelentíssima Procuradora do Trabalho, Dra. INÊS OLIVEIRA DE SOUSA, DECIDIU, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para, invertendo ônus da sucumbência, julgar a reclamação trabalhista procedente em parte e declarar o direito do autor a ter seu salário, em janeiro de 2008, fixado na forma da Lei n. 4.950-A de 66, sendo a partir daí devidamente corrigido pelos índices de reajustes concedidos pelo empregador durante o contrato de trabalho e condenar a reclamada ao pagamento das diferenças salariais vencidas, observado o marco da prescrição quinquenal, e vincendas com implantação em folha dos respectivos valores mensais, no prazo de 60 dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00. Condenar, ainda, o reclamado ao pagamento das diferenças de férias e 1/3, 13º salário, 14º salário e FGTS, devendo, também, as diferenças vincendas serem implantadas em folhas de pagamento, no prazo de 60 dias a partir do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00. Condenar, por fim, a retificar os registros da Carteira de Trabalho obreira, apontando o correto montante salarial, no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00. Observar os parâmetros de liquidação contidos na fundamentação. Inverter o ônus da sucumbência e arbitrar à causa o valor de 40.000,00 e das custas processuais de R\$ 800,00.

LUÍZA APARECIDA OLIVEIRA LOMBA
Relatora



1ª. TURMA

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 0273700-74.1991.5.05.0002AP-B

AGRAVANTE: Fundacao Nacional de Saude

AGRAVADOS: Catarina Vieira Matos e Outros (08)

RELATOR: Desembargador MARCOS GURGEL

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DAS PARCELAS DE NATUREZA CELETISTA – Em se tratando de parcelas decorrentes de contrato de trabalho regido pela CLT, compete à Justiça do Trabalho a execução da sua sentença, sendo inaplicável o entendimento consubstanciado na OJ 138 da SDI-I/TST, que se refere aos casos em que há transmutação do regime celetista para estatutário.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, Executada, nos autos do processo, onde consta, como Exequentes, CATARINA VIEIRA MATOS, CREUZA DE SOUZA SILVA, EUNICE MAGALHÃES DE LIMA, GICELIA PINHEIRO COSTA, MIGUEL ANGELO ARAUJO SILVA, TERESINHA CRUZ DE OLIVEIRA, YOLANDA ROSELYS DA COSTA SILVA, EREMITA NERI DOS SANTOS e MARIA BARROS DINIZ, interpõe Agravo de Petição contra a decisão de fl.804, complementada pela decisão de fls.834/835. A Impugnação aos Cálculos foi julgada improcedente e improcedentes os Embargos de Declaração.

O Agravo de Petição, acostado às fls.950/979, encontra-se tempestivo (fls.927 e 947), assinado por quem possui representação regular (fl.949). Desnecessária a garantia do Juízo nos termos do art. 100 da CF e art. 1º, IV do Dec. Lei 779/69. A contraminuta (fls.1006/1035) é tempestiva (fls.1002 e 1005) e foi assinada por Advogado regularmente constituído para representar todos os Exequentes (fl.692/700).

O MPT manifestou-se à fl. 1148. É o relatório.

VOTO

LIMITE TEMPORAL DOS CÁLCULOS

A Executada/Agravante insiste na tese de equívoco das contas de liquidação do julgado, afirmando que foram extrapolados os limites temporais correspondentes: a) aos reajustes que já haviam sido incorporados aos salários das Demandantes, através das Leis 7.923/89 e 7.974/89; b) à edição da Lei 8.112/90 que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos, limitando a competência da Justiça do Trabalho para execução das parcelas de natureza celetistas do período anterior ao regime jurídico estatutário.

Não há como acolher a tese recursal.

a) incorporação dos reajustes aos salários

A Executada afirma que o reajuste de 26,06% deve ser limitado aos meses de julho/87 a outubro/89, pois a partir de novembro/89 o índice foi incorporado aos salários, de acordo com a Lei 7.923/89 (alínea “a” do Agravo de Petição – fl.962).

Diz também que o reajuste de 26,05% deve ser quantificado para os meses de fevereiro/89 até dezembro/89, em razão de incorporação do referido índice aos salários, por meio da Lei 7.974/89 (alínea “c” do Agravo de Petição – fl.962).

Não há como acolher a pretensão recursal

É que tal tema já foi debatido exaustivamente consoante se vê da decisão de artigos de liquidação (fl.300), Embargos à Execução (fl.313) e Exceção de Pré-Executividade (fls.465/466), e também em sede de recurso, onde o acórdão de fls. 384/386, prolatado em Agravo de Petição, reconheceu o trânsito em julgado da matéria, devido a revelia da Executada durante o procedimento de liquidação por artigos, anulando a decisão de primeira instância que revia os critérios de liquidação ora refutados.

Como visto, na hipótese dos autos, a formação da coisa julgada impossibilita a re-discussão da matéria impugnada, não cabendo, dessa forma, falar em afronta ao quanto disposto na OJ 262 da SDI-1 e OJ 2 do Tribunal Pleno.

Mantenho a decisão.

b) Incompetência absoluta

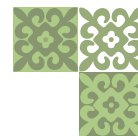
A Executada insiste na tese de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para executar os valores referentes ao período a partir da edição da Lei 8.112, datada de 11/12/1990, que instituiu o regime jurídico estatutário dos servidores públicos civis.

Afirma que, diversamente do quanto concluiu o Juízo de primeira instância, a alegação envolve incompetência para executar parcelas e não para julgamento do feito, o que implicaria em alegação na fase de conhecimento. Com base em tal argumento, a Executada não se conforma com a decisão recorrida que entendeu pela preclusão consumativa da matéria debatida.

Não há como acolher a tese de incompetência.

Conforme se observa dos autos, basicamente toda a argumentação da Reclamada está fundamentada no entendimento consubstanciado na OJ 138 da SDI-I/TST, segundo a qual:

OJ-SDI1-138 COMPETÊNCIA RESIDUAL. REGIME JURÍDICO ÚNICO. LIMITAÇÃO DA EXECUÇÃO (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 249 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005 - Compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos de direitos e vantagens previstos na legislação trabalhista referente a período anterior à Lei nº 8.112/90, mesmo que



a ação tenha sido ajuizada após a edição da referida lei. A superveniência de regime estatutário em substituição ao celetista, mesmo após a sentença, limita a execução ao período celetista (1ª parte - ex-OJ nº 138 da SBDI-1 - inserida em 27.11.98; 2ª parte - ex-OJ nº 249 - inserida em 13.03.02).

Ocorre que a Executada se baseia numa interpretação equivocada da jurisprudência citada, que não se aplica ao caso destes autos.

Na hipótese sub judice, observa-se que todas as parcelas deferidas têm natureza celetista. Afinal, a sentença de conhecimento acolheu os pedidos da exordial, exatamente da forma como foram postuladas, sendo que as diferenças deferidas são devidas até a data da aposentadoria dos Reclamantes, ocorridas no ano de 1991, posteriormente, portanto, à data da edição da Lei 8.112/90. Daí, concluir-se que as parcelas deferidas têm natureza celetista, sendo competente esta Justiça do Trabalho para executá-las, sob pena inclusive de ofensa à coisa julgada.

Afinal, na liquidação do julgado, não se pode modificar, ou inovar, a sentença liquidanda, nem mesmo discutir questões pertinentes ao processo cognitivo. Neste sentido, o preceito contido no art.879, §1º da CLT.

E mais, o tema envolve transmutação do contrato, matéria que deveria ter sido discutida na fase de conhecimento. Afinal, em 18/10/1991, quando a Reclamação Trabalhista foi apresentada, com pedido expresso de condenação até a data da aposentadoria das Reclamante (no ano de 1991), já havia sido publicada a Lei 8.112/90. Portanto, a alegação de que, no período posterior a dezembro/1990 até as aposentadorias (em 1991), as Demandantes supostamente estariam submetidas ao regime estatutário e não celetista envolve discussão da fase cognitiva, e não neste momento de execução do julgado. Concluindo-se, também por este fundamento, que todas as verbas deferidas nesta ação têm natureza celetista.

Neste mesmo sentido deve ser interpretada as Orientações Jurisprudenciais 06 do Tribunal Pleno:

OJ-TP-6 PRECATÓRIO. EXECUÇÃO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA PELO TÍTULO JUDICIAL EXEQÜENDO À DATA DO ADVENTO DA LEI Nº 8.112, de 11.12.1990 (DJ 25.04.2007) - Em sede de precatório, não configura ofensa à coisa julgada a limitação dos efeitos pecuniários da sentença condenatória ao período anterior ao advento da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, em que o exequente submetia-se à legislação trabalhista, salvo disposição expressa em contrário na decisão exequenda.

Ainda que assim não fosse, acaso esta matéria pudesse ser discutida, na fase de execução, a tese de transmutação do regime celetista para estatutário não poderia ser acolhida.

Conforme se observa dos autos, todas as Reclamantes foram admitidas antes da Constituição Federal de 1988, nos anos de 1955, 1956, 1957, 1958, 1955, 1950, 1954, 1952 e 1953, respectivamente. Ocorre que, mesmo quando o servidor detém a estabilidade do art.19 do ADCT, por não possuir efetividade, não pode transmutar automaticamente a natureza do seu contrato porque, para tornar-se servidor efetivo, precisa exercer cargo público, submetendo-se a concurso público.

Observe-se que o preceito contido no §1º, do art.19 do ADCT foi expresso ao exigir concurso público para fins de efetivação.

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei (grifos não originais).

Ressalte-se que o e.STF já decidiu sobre o tema, através da ADIN 1150. Na oportunidade, foi reconhecida a inconstitucionalidade de disposição legal estadual que conferia transmutação automática dos empregados celetistas não concursados para o regime estatutário. Destaque-se a ementa.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul. - Inconstitucionalidade da expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT. - Quanto ao § 3º desse mesmo artigo, é de dar-se-lhe exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante concurso a que aludem os dispositivos constitucionais acima referidos. - Por fim, no tocante ao § 4º do artigo em causa, na redação dada pela Lei estadual nº 10.248/94, também é de se lhe dar exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados, em seu alcance, os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos do artigo 37, II, da parte permanente da Constituição ou do § 1º do artigo 19 do ADCT. Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua



da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT.

Como visto, por qualquer ângulo que se aprecie o tema, não há como concluir que, dentre as parcelas deferidas, algumas são celetistas e outras estatutárias, ou que a sentença de conhecimento tenha limitado a condenação ao período anterior à Lei 8.112/90. Nem mesmo que houve qualquer alteração no estado de fato ou de direito das relações jurídicas trazidas à discussão nesta lide.

Deste modo, conclui-se que as parcelas deferidas no título exequendo não têm natureza estatutária, sendo absolutamente competente esta Especializada para execução de todo o débito trabalhista. Inaplicáveis as OJs 138 da SDI-I e 06 do Tribunal Pleno do TST.

Ressalte-se que as decisões do c.TST, transcritas no Agravo de Petição (fls.956/957), se referem a casos envolvendo relação continuativa, quando, aplicando-se o preceito contido no art.471, inciso I, do CPC, pode ser exarada nova decisão, sem que haja ofensa à coisa julgada. Tudo em face de mudança no estado de fato ou de direito daquela relação continuativa.

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Tal, no entanto, não é a hipótese destes autos, tendo em vista que, quando da propositura desta Reclamação Trabalhista, as Reclamantes já estavam aposentadas, e os pedidos formulados nesta ação envolvem apenas o período anterior às aposentadorias. Ademais, a Executada não apresentou ação revisional para fins de apreciação e julgamento distinto daquele que consta do título exequendo, que deve ser executada da forma que foi proferido (sem qualquer limitação refere à Lei 8.112/90, repita-se).

Por fim, para que não se alegue omissão de julgamento, cumpre-nos ressaltar que, acaso a Executada estivesse se referindo à incompetência absoluta para apreciar e julgar a presente demanda (e não apenas a execução de parcelas), a discussão estaria, de fato, preclusa.

De acordo com a interpretação que se faz do art.113 do CPC, a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que a lide esteja na fase de conhecimento.

Afinal, nos termos do preceito contido no caput do artigo 301 do CPC, e inciso II, §4º do mesmo dispositivo legal, o Juízo conhecerá de ofício, antes de discutir o mérito, a incompetência absoluta. Deste modo, pode-se concluir que, quando o juiz não declara ex

ofício a incompetência absoluta, significa que reconheceu ser competente para dirimir o litígio, tanto que julgou o mérito da causa.

Na hipótese destes autos, a sentença cognitiva transitou em julgado, reputando-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (art.474, CPC). Assim, iniciada a fase de execução, evidencia-se, indubitavelmente, a competência da Justiça do Trabalho para executar suas próprias decisões.

Por fim, importante ressaltar o preceito contido no artigo 485, inciso II, do CPC, quando dispõe acerca da Ação Rescisória e a possibilidade de rescindir a coisa julgada “proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”. Da análise destes autos, vê-se que a Reclamada não se utilizou do referido remédio processual, não podendo, através do Agravo de Petição, desconstituir a res judicata.

Decisão mantida, ainda que por outros fundamentos.

MULTA - EMBARGOS PROTELATÓRIOS

A Executada pugna pela exclusão da multa por interposição de embargos declaratórios procrastinatórios. Afirma que manejou o recurso diante das omissões que entendeu existentes na sentença de mérito.

Como Relator, proferi voto no sentido de excluir a multa por oposição de embargos declaratórios procrastinatórios, nos seguintes termos:

Ainda que o Juízo de primeira instância tenha julgado improcedentes os Embargos de Declaração, o fato é que foram esclarecidos aspectos importantes relacionados à competência para executar as parcelas que constam do título exequendo. Não restou configurado, portanto, o propósito protelatório da então Embargante.

A Turma, no entanto, por maioria de votos, decidiu, nos termos da fundamentação do voto proferido pela Exma. Desembargadora MARGARETH COSTA, com o seguinte teor:

“A executada pede a reforma da decisão que a condenou ao pagamento de multa por interposição de embargos protelatórios, ao argumento de que teria apenas se limitado a manejar recurso para sanar omissões que entendeu existentes na decisão de mérito. Entretanto, não tem razão no que alega, como bem posto na decisão agravada, julgados inclusive improcedentes os últimos embargos de declaração opostos, considerando ainda aqui os reiterados expedientes de que tem tentado se valer a agravante, alegando agora omissões que, efetivamente, não restaram confirmadas, no processo que dista ao ano de 1991 e vem tendo ordinariamente postergado o seu cumprimento. Portanto, fica mantida a multa em epígrafe.”



Com base em tal fundamentação, a Turma, por maioria, concluiu no sentido de ser mantida a aplicação de multa por oposição de embargos declaratórios procrastinatórios.

PREQUESTIONAMENTO

Mesmo sabendo que a jurisprudência do c.TST já firmou posicionamento no sentido de que, havendo tese explícita sobre a matéria, torna-se desnecessária a referência expressa do dispositivo legal para fins de prequestionamento (OJ-SDI1-118), registro que os fundamentos adotados nesta decisão não implicam em quaisquer violações constitucionais e/ou legais, notadamente quanto à alegação de contrariedade aos seguintes dispositivos invocados pela Agravante: art.5º, incisos XXXV e XXXVII, art.93, inciso IX, art.114, inciso I, todos da Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, votei no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Agravo de Petição da Executada para excluir da condenação a multa imposta por embargos de declaração considerados protelatórios. Tendo sido vencido, prevaleceu a decisão da maioria da Turma para NEGAR PROVIMENTO ao Agravo de Petição da Executada.

Acordam os Desembargadores da 1ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por maioria, NEGAR PROVIMENTO; vencido Relator que lhe dava provimento parcial para excluir da condenação a multa imposta por embargos de declaração considerados protelatórios.

Salvador, 18 de Agosto de 2014

MARCOS OLIVEIRA GURGEL
Desembargador Relator

4ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO N° 0001345-72.2012.5.05.0371RecOrd

RECORRENTE(s): Construtora Norberto Odebrecht S A

RECORRIDO(s): Rosivaldo José dos Santos (Espólio De) Representado Por Valéria Vanda Pregino Santos

RELATOR(A): Desembargador(a) PAULO SÉRGIO SÁ

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. FATO IMPE-DITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. Constatada a presença do dano, é preciso se perquirir a respeito da existência do nexo causal a fim de que possa ser apurada a eventual responsabilidade civil da parte reclamada. Por seu turno, o fato exclusivo da vítima é circunstância excludente da responsabilidade do empregador em virtude da ausência de nexos de causalidade. Assim, em virtude da distribuição legal do ônus da prova, ao contrapor fato diverso do alegado pela parte reclamante, porém, confirmando o fato positivo presente na peça vestibular, assume a parte reclamada o ônus da prova. (Art. 333, II do CPC, subsidiariamente aplicado).

Construtora Norberto Odebrecht S A, nos autos da ação em que litiga com Rosivaldo José dos Santos (Espólio De) Representado Por Valéria Vanda Pregino Santos, inconformado com a decisão, interpôs RECURSO ORDINÁRIO. Recurso tempestivo e regularmente contrariado.

Os autos foram enviados ao Ministério Público do Trabalho que apresentou parecer.

É O RELATÓRIO.

VOTO

ACIDENTE DE TRABALHO. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

Insurge-se contra a condenação de indenizações a título de danos morais (R\$ 200.000,00) e materiais (pensão mensal vitalícia de R\$ 1.240,03, correspondente a 1/3 do salário do obreiro) em face do acidente sofrido pelo empregado no local de trabalho, que o levou a óbito.

Assevera não ter havido prova da culpa e responsabilidade da reclamada, nem do dano material ou dependência do reclamante (genitor do de cujus), a justificar a condenação. Também sustenta ser desproporcional o valor arbitrado a título de danos morais.

Fundamenta que o ex-empregado, desde a contratação, recebeu EPI e foi instruído com orientações e treinamentos a respeito da segurança do trabalho, tendo havido a ime-



diata emissão da CAT e assistência à família da vítima, o que afastaria a sua responsabilidade. Ademais, aduz ter sido provado, através de testemunha, que a área onde ocorreu o incidente encontrava-se isolada, tendo o de cujos entrado sem autorização, o que seria a causa do acidente.

Sucessivamente, sustenta a inexistência do dano moral, especialmente, por ter sido prestada assistência à família da vítima, com acompanhamento de assistente social, custeio de transporte, estadia da família e enterro do ex-empregado, bem como auxílio para recebimento do benefício do seguro de vida. Alega não ser o dano moral presumível, razão pela qual caberia à vítima sua prova.

Ao exame.

Inicialmente, pontuou que a viúva e filha do de cujus ajuizaram a presente reclamação visando a reparação moral e material decorrente do acidente de trabalho que resultou na morte do provedor da família.

O ex-empregado foi atingido, em 25/04/2012, durante o desempenho de suas atividades como mecânico ajustador, no seu ambiente de trabalho, por barras de metal que caíram de um guincho operado por preposto da requerida, o que ocasionou sua morte, conforme comprovado pelo boletim de ocorrência, laudo de exame tanatoscópico, realizado pela Secretaria de Estado da Segurança Pública, e CAT, fls. 17/39.

A defesa confirmou a ocorrência do infortúnio, tornando incontroverso o evento danoso, mas sustentou a culpa exclusiva da vítima.

Forçoso reconhecer o acerto da decisão recorrida, que, de forma clara, declarou ser a hipótese de responsabilidade objetiva da recorrente em razão da atividade de risco desempenhada (construção civil de usina hidroelétrica); bem como manter o deferimento dos pleitos das obreiras e corroborar os fundamentos ali expendidos, inclusive quanto aos valores das indenizações por danos morais e materiais deferidas:

[...] A responsabilidade civil, no direito pátrio, consubstancia-se, em regra, na teoria subjetiva, segundo a qual o direito à indenização por danos necessita da verificação de três requisitos: o dano, o nexó causal e a culpa (artigo 186 do Código Civil). Ao lado dessa regra, a ordem jurídica passou a admitir, também, de forma mais genérica, a responsabilidade objetiva, consignada no artigo 927, caput e parágrafo único, do novo Código Civil.

Para a teoria objetiva da responsabilidade, a reparação do dano independe da comprovação da culpa, bastando a prova do dano e do nexó de causalidade. O dever de indenizar firma-se na ideia do risco, segundo a qual todo aquele que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros e, por isso, deve indenizá-lo na eventual ocorrência do infortúnio.

Apesar da série de polêmicas entre os aplicadores do direito, dada a redação do artigo 7º, inciso XXVIII, da CF, que leva muitos doutos a defenderem a tese de que o artigo 927, parágrafo único, do CC, se aplica no Direito Laboral, no

pertinente aos acidentes trabalhistas, assevera-se que o texto constitucional não afasta a aplicação da teoria objetiva no âmbito das relações de emprego, máxime quando se trata de infortúnios verificados no decorrer das atividades laborais. Isso porque a responsabilidade objetiva prevista no novo Código Civil pode incidir sobre todas as atividades capazes de produzir riscos às pessoas, inclusive as decorrentes das relações de emprego, em que o risco pelo empreendimento é único e exclusivamente do empregador.

O direito positivo deve ser interpretado de forma sistemática e harmônica para atender aos fins sociais a que se destina. Dessa forma, o fato de a norma constitucional não prever expressamente a responsabilidade objetiva do empregador perante o empregado, no caso de acidente do trabalho, não implica em vedação à adoção dessa teoria nas relações empregatícias, pois há perfeita compatibilidade entre o texto civilista e o dispositivo constitucional mencionado. Em verdade, a Constituição Federal apenas prevê o patamar mínimo civilizatório aos trabalhadores, o que não obsta que a legislação infraconstitucional possa lhes conferir outros direitos, conforme expressa previsão contida no caput do artigo 7º da CF. Nesse universo é que se observa a constitucionalidade do artigo 927 do CC de sorte que incide o direito à indenização acidentária pela simples prova donexo e do dano.

[...]

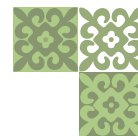
Quando a atividade do trabalhador implicar em maior risco do que aquele ao qual estão submetidos os demais trabalhadores, os Tribunais tem entendido pela responsabilidade objetiva do empregador, principalmente quando a atividade desenvolvida pelo empregador for de risco, adotando-se a teoria do risco criado. Todavia, restando demonstrada a culpa do empregador no trato com o empregado e com as normas de segurança inerentes à sua atividade, o Juízo prolator da decisão pode manifestar seu entendimento acerca da responsabilidade objetiva e ao mesmo tempo ressaltar a culpa do empregador, para de forma mais sedimentada reconhecer a responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes do acidente de trabalho.

Assim, entendo que neste caso há incidência da responsabilidade objetiva, pois o reclamante trabalhava na construção civil (Construção de Usina Hidro Elétrica), estando sujeito a risco acentuado. Assim, na análise da responsabilidade da reclamada, não é necessário perquirir pela presença da culpa.

[...]

Ademais, a próprio testemunha do Reclamado – Walmir Pereira Guerra, inquirida através de carta precatória, esclarece que o acidente só ocorreu porque “a alça que trava o tambor do guincho não estava bem posicionado tendo sido esta a razão para o tambor ter virado derrubando as cantoneiras lá embaixo” –grifamos. Diante desta declaração, fica evidenciado que o acidente é derivado de culpa exclusiva da Reclamada, a qual não inspecionou, devidamente, os equipamentos utilizados na obra.

Nesse sentido, cumpre lembrar que a Recomendação nº 97 da OIT dispõe que cabe ao empregador o ônus de adotar as medidas apropriadas para que as



condições gerais de trabalho assegurem proteção suficiente à saúde e integridade física dos trabalhadores. Essa norma encontra-se incorporada na CLT, conforme se observa do teor do artigo 157.

Portanto, o empregador deve zelar pelo meio ambiente de trabalho, cuidando para que qualquer movimentação de material de construção ou ferramentas seja efetuada com obediência às normas de segurança, notadamente o transporte dos próprios empregados (artigo 7º, inciso XXII, da CF/88). Ademais, a NR 18 do Ministério do Trabalho estabelece uma série de obrigações destinadas ao empregador e voltadas à segurança no meio ambiente de trabalho.

Nesse diapasão, a culpa exclusiva da vítima, ora defendida pelo Reclamado, rompe o próprionexo causal entre o dano experimentado pelo empregado e a conduta atribuída ao empregador, fazendo-se necessário, no entanto, que, a conduta do obreiro seja a única causa do acidente, sem que se possa atribuir qualquer violação por parte da ré às normas legais relativas à segurança do trabalho ou ao dever geral de cautela, o que não se verificou, conforme se observou supra. Acerca do mesmo tema, inexistenos autos, ônus que caberia ao Reclamado, qualquer prova que comprove culpa do de cujus no acidente.

Dessa forma, entende o juízo que a culpa no acidente foi exclusivamente do Reclamado, não havendo qualquer culpa do falecido no ocorrido, nem mesmo concorrente.

Diante de todo o exposto, ficou convencido o juízo da responsabilidade do reclamado no acidente suportado pelo reclamante, o qual só ocorreu por falha do equipamento (trava do guindaste), que caberia ao reclamado atestar o seu perfeito funcionamento. Assim, mesmo entendendo a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva no presente caso (art. 927, parágrafo único, do CC), constata-se, claramente, ainda, a existência do requisito subjetivo da responsabilidade civil (culpa), pois o reclamado foi negligente em suas obrigações. [...] - grifei.

Constatada a presença do dano, é preciso se perquirir a respeito da existência do nexocausal a fim de que possa ser apurada a eventual responsabilidade civil da parte reclamada. Sérgio Cavaleri Filho ensina que o “... o nexocausal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

O Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicado, dispõe: “Art. 333 - O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Assim, em virtude da distribuição legal do ônus da prova, ao contrapor fato diverso do alegado pela parte reclamante, porém, confirmando o fato positivo presente na inicial, assume o polo passivo o ônus da prova. Vejamos a propósito, o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

É que ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição

inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação. O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, n. III). A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo.

Mais precisamente sobre ausência de nexos de causalidade em virtude de fato exclusivo da vítima, interpreta o C. Tribunal Superior do Trabalho:

ACIDENTE DO TRABALHO. FALECIMENTO DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA RECLAMADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA. Trata-se de reclamação trabalhista, ajuizada pelos herdeiros do ex-empregado da reclamada, admitido na função de serviços gerais em avicultura, na qual pleiteiam indenização por danos materiais e morais decorrentes do acidente de trabalho fatal, consistente em esmagamento de crânio do obreiro, ao ser imprensado entre a parede do barracão da empresa e um caminhão, quando orientava o motorista a manobrar o veículo para adentrar no barracão de marcha a ré, a fim de proceder ao descarregamento da carga. Na hipótese, constata-se a existência do dano, do nexo de causalidade e da culpa da empregadora. A reclamada não logrou demonstrar a culpa exclusiva da vítima, ônus que lhe incumbia, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. O titular do espólio foi vítima de um acidente — que acarretou sua morte — ocorrido nas dependências da recorrente, em seu horário de trabalho; e a empregadora, mesmo reconhecendo que o descarregamento de carga não era função do ex-empregado e ciente da sua própria negligência quanto aos cuidados com a segurança desses, porquanto não adotava programas preventivos de acidentes, ordenou ao obreiro a execução de atividade para a qual não fora contratado e treinado. Acrescenta-se ser e responsabilidade da empresa cumprir e fazer com que seus empregados cumpram as normas garantidoras da segurança do trabalhador, fiscalizando a atividade desses. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 14800-30.2006.5.09.0072, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/11/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/12/2012.).

Na hipótese dos autos, não há dúvidas de que o reclamante sofreu um típico acidente de trabalho, fato insofismável, tanto que a reclamada expediu a CAT, na qual não consta atitude dolosa ou culposa do reclamante no evento em questão. Ao revés, o referido documento, fl. 39, aponta como agente causador “METAL – INCLUI LIGA FERROSA E NÃO FERROSA”, com natureza de “LESÕES MÚLTIPLAS”. Ao passo que a certidão de óbito, fl. 16, indica como causa da morte “anemia aguda/ hemorragia intra torácica / hemorragia abdominal / instrumento contundente / acidente do trabalho”.

Aliás, Cláudio Brandão, em percuciente monografia sobre o acidente do trabalho, ensina que o acidente-tipo é “... um evento, em regra, súbito, ocorrido durante a realização do trabalho por conta alheia, que acarreta danos físicos ou psíquicos à pessoa do empregado, capazes de gerar a morte ou a perda, temporária ou permanente, de sua capacidade laboral”.



Saliente-se que ao alegar fato exclusivo da vítima, atraiu a reclamada o ônus da prova, do qual não se desincumbiu a contento, conforme se depreende das provas dos autos. Saliento que, diferente do sustentado pela recorrente, o fato de a testemunha ter afirmado que a área onde ocorreu o incidente encontrava-se isolada, não evidencia-se como a causa do acidente, até porque diferente do alegado no apelo o de cujos não entrou no local sem autorização, mas sim por acerto entre os empregados da reclamada, fl. 227.

Aliás, conforme pontuou a sentença, a próprio testemunha do Reclamado – Walmir Pereira Guerra, inquirida através de carta precatória, esclareceu que o acidente só ocorreu porque “a alça que trava o tambor do guincho não estava bem posicionado tendo sido esta a razão para o tambor ter virado derrubando as cantoneiras lá embaixo”, fl. 229.

Da mesma forma, friso não terem ficado demonstradas atitudes de plena prevenção de acidente de trabalho realizadas pela reclamada, Como bem pontuou o MPT em parecer, o PCMAT – Programa de Condições de Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, flas 172/209, aponta como período avaliado junho/2012 a junho/2013, posterior, portanto, ao evento danoso em análise.

Ademais, os EPI´s listados à fl. 125 não afastam a conclusão de que a reclamada não inspecionou corretamente os equipamentos utilizados na obra, conforme verificado no transcrito depoimento testemunhal. E, conforme exame pericial de constatação em local de acidente de trabalho, fls. 28/29, o operador de guincho envolvido no acidente, não possuía exame admissional para desempenhar a função, além de não ter a movimentação do guincho observado a necessária presença de um ajudante/sinaleiro, para evitar o incidente, diante da restrita visibilidade do operador, fl. 33.

Estabelecido, por conseguinte, o nexos causal entre a conduta ilícita do preposto e o dano moral da vítima não há que se perquirir a culpa subjetiva do empregador, “... bastando a ocorrência da lesão e o estabelecimento da relação de preposição...” — ensina Caio Mário da Silva Pereira.

Se, de uma banda, é certo que a Constituição Federal estabelece em seu art. 7º, inciso XXVIII que o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa...”, de outra banda, não se pode relegar ao oblívio a textura aberta da Lex Fundamental, ou seja, que esta deve ser interpretada pelos operadores do Direito consoante a evolução dos fatos e dos valores sociais.

É evidente a injustiça de se jogar às costas do próprio lesado todo o ônus da prova, considerando que se uma diminuição patrimonial deve ocorrer esta não pode ser arcada pela vítima, sendo muito mais razoável que aquele que criou o risco seja responsabilizado. Noutros termos, na seara dos acidentes de trabalho, o foco da responsabilidade civil deixa de ser voltado para o elemento culpa, sendo redirecionado para o risco, levando-se em conta o interesse do legislador em preservar a solidariedade social. (Art. 3º, I da CF/88.). Trata-se aqui da teoria do risco criado, “a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. A teoria não substitui a da culpa, porém, deve viver ao seu lado”. A teoria do risco criado foi consagrada pelo Código Civil atual:

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

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

Aliás, quanto à constitucionalidade deste artigo, o Excelso Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou:

[...] INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. INCAPACIDADE LABORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Constata-se que o Tribunal Regional, com suporte no laudo pericial e na prova oral produzida, asseverou ser inegável que o acidente ocorreu durante a prestação de serviço, sendo fato incontroverso que o dano causado decorreu do desempenho de suas atividades e diante da inobservância das normas de segurança do trabalho. Assim, conquanto o juízo de origem tenha concluído pela configuração da responsabilidade objetiva da reclamada, pautando sua decisão diante da configuração do nexo de causalidade e a incapacidade laboral, provocada pelo acidente de trabalho - que resultou em sequelas físicas e neurológicas de caráter permanente, ficando o autor paraplégico, entendeu o Tribunal a quo pela responsabilidade da empresa, que assume o risco de seus negócios, sendo devido o pagamento da indenização respectiva. Portanto, dentro do contexto em que proferida a decisão recorrida, não se pode cogitar de violação direta e literal do art. 7º, XXVIII, da Carta Magna. Nesse diapasão, também não se vislumbra a demonstração de divergência jurisprudencial válida e específica (art. 896, "a", da CLT e Súmula 337 do TST), ou ofensa à literalidade dos dispositivos de lei indicados, a teor da Súmula 221, II, desta Corte. Ademais, para se concluir de forma diversa, ou reconhecer a veracidade das alegações produzidas no recurso de revista necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório. Assim, eventual reexame da controvérsia encontraria o óbice da Súmula nº 126 desta Corte Superior. Não conhecido. [...] (ARE 657338 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29-03-2012.).

Não fora isso o bastante, o novel Código Civil trouxe uma inovação positiva ao responsabilizar expressamente empregador pelos atos ilícitos cometidos por seus empregados ou prepostos. Por outras palavras, a vítima não mais precisa demonstrar a má escolha ou falta de vigilância ou de instrução para o cumprimento de tarefas, explica Maria Helena Diniz. Vejamos como o Código Civil brasileiro trata a matéria em foco:

Art. 932 - São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.



[...]

Art. 933 - As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[...]

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

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

Se o laborista sofre acidente de trabalho ou doença ocupacional isso faz presumir — salvo prova em contrário — que o empregador negligenciou o seu dever de cuidado (dever anexo ao contrato de trabalho), cabendo a este arcar com o respectivo ônus da prova de que tomou todas as cautelas devidas para evitar o infortúnio. Por outras palavras, o elemento culpa, exigido de forma abstrata pelo art. 7º, XXVIII da CF/88, de qualquer sorte, fica aí atendido. A propósito, esclarece Sérgio Cavalieri Filho:

Vivendo em sociedade, o homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de dever de cuidado objetivo. [...] Neste ponto cabe uma indagação: se o resultado foi previsto, porque o agente não o evitou? Se era pelo menos previsível, por que o agente não o previu e, conseqüentemente, o evitou? A resposta é singela: porque faltou com a cautela devida; violou aquele dever de cuidado que é a própria essência da culpa. Por isso, vamos sempre encontrar a falta de cautela, atenção diligência ou cuidado como razão ou substrato final da culpa. [...].

E não se argumente o fato exclusivo da vítima, porque não há prova de que o obreiro agiu contra as ordens da demandada.

Não há prova cabal, portanto, do fato exclusivo da vítima, sobretudo porque se trata de incidente inerente às atividades constantes do rol de sua função. Correto o reconhecimento da responsabilidade civil do empregador.

Por seu turno, friso ser o dano moral presumível, não necessitando de prova específica a respeito. Assim, o fato de ter sido prestada assistência à família da vítima, com acompanhamento de assistente social, custeio de transporte, estadia da família e enterro do ex-empregado, bem como auxílio para recebimento do benefício do seguro de vida não obsta sua configuração.

Não há o que ser reformado.

VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA PENSÃO VITALÍCIA.

Sucessivamente, requer a redução da indenização em observância à razoabilidade e proporcionalidade, bem como à culpa do agente nos termos dos arts. 944 e 945 do CC.

Também sucessivamente, pugna pela reforma do julgado em relação à pensão vitalícia, fixada em valor correspondente a 1/3 do salário do obreiro. Fundamenta que este apenas trabalhou 23 dias na reclamada, razão pela qual na remuneração não poderia ser considerado o adicional de periculosidade e as horas extras, ante a ausência de habitualidade.

Requer seja considerada a idade da viúva, à época, 26 anos, e a possibilidade de ela contrair novo matrimônio ou união estável, ou tornar-se financeiramente independente, bem como a sua capacidade econômica. Pugna ainda pela fixação de um limite para o pagamento da pensão à filha, 18 anos ou 25 anos, se comprovadamente permanecer estudando.

Por fim, requer seja aplicado o redutor de 50% para a hipótese de se pagar a pensão em uma única parcela.

A sentença condenou a reclamada a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 200.000,00 e pensão mensal vitalícia de R\$ 1.240,03, correspondente a 2/3 do salário do obreiro.

Em relação ao valor da indenização por danos morais deferida, tem-se que a sua fixação não é previamente tarifada pela lei, razão pela qual, cabe ao Magistrado, segundo o seu prudente arbítrio, fixar o montante que lhe parecer mais justo.

Ressalte-se, por oportuno, a necessidade de se conter os abusos que possam implicar enriquecimento sem causa da parte, ou, se aplicar uma punição tão irrisória, que seja incapaz de compensar o sofrimento da vítima e de servir de efeito pedagógico, no sentido de desestimular novos atos ilícitos.

Isso até representaria uma afronta aos sentimentos do ofendido, tudo sem se olvidar da condição socioeconômica da vítima, seu status profissional, do porte da empresa, do dolo, da extensão do dano, da reincidência e da repercussão da ofensa.

Todas as circunstâncias atenuantes ou agravantes em derredor do fato devem ser sopesadas pelo juiz. A esse respeito, leia-se a posição Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do c. TST:

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE ENTRE O MONTANTE ARBITRADO E O GRAVAME SOFRIDO PELO EMPREGADO. O critério a ser utilizado para o arbitramento do mon-



tante a ser pago em virtude do dano moral sofrido pelo empregado é de ser fixado, já que não há como se dimensionar com segurança o volume da ofensa sofrida; também não há como se quantificar o pagamento dessa ofensa, pois a dor moral não tem preço. Deve buscar o julgador, utilizando-se do princípio da equidade, razoabilidade e proporcionalidade a traduzir tais condenações, de modo que possa proporcionar a certeza de que o ato ofensor não fique impune, e que sirva de desestímulo a práticas que possam retirar do trabalhador a sua dignidade. No caso em que o valor da indenização a ser paga foi considerado sob o prisma da ofensa sofrida, em que o autor que já trabalhava há 17 anos na empresa foi exposto a humilhação decorrente de flagrante de prisão orquestrado pelo empregador. São irrelevantes, diante da extensão do dano sofrido, a remuneração do empregado e o cargo por ele exercido para chegar ao valor da condenação. A gravidade do ato ofensivo foi o bastante para convencer o julgador do valor atribuído. Não há como se verificar a ausência de proporcionalidade ou alterar o valor da condenação. No dano moral, na ausência de parâmetro, a avaliação deve ser feita em benefício da vítima. Embargos não conhecidos. (E-RR - 763443-70.2001.5.17.5555, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/08/2005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/08/2005.).

Na hipótese dos autos, entendo que os valores fixados para a indenização por danos morais, e para a pensão mensal, atende de forma plena aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do dano, que ocasionou a morte do empregado.

Em relação à pensão mensal, saliento que sua quantificação deve observar os parâmetros amplamente utilizadas pela jurisprudência pátria, pelo que reputo razoável o termo final fixado para a filha, no momento em que completar 25 anos, considerando-se que, com essa idade, há presunção de que já cessou a sua dependência econômica, independente da efetiva prova dos estudos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. PENSÃO POR MORTE. EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. IDADE DO FILHO.

1. Cuida-se de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em decorrência do óbito de motorista, após colidir o veículo com viatura da Polícia Militar conduzida por agente estadual no exercício da função.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem fixou indenização por danos morais à viúva e ao filho da vítima no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), montante que o recorrente entende excessivo.

[...]

6. O critério para determinar o termo final da pensão devida à viúva é a expectativa de vida do falecido.

7. A expectativa de vida não é indicador estanque, pois é calculado tendo em conta, além dos nascimentos e óbitos, o acesso à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, bem como a violência, a criminalidade, a poluição e a situação econômica do lugar em questão.

8. Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevida da população média brasileira.

11. No que respeita ao termo ad quem da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que deve alcançar a idade em que os beneficiários completarem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. Incidência da Súmula 83/STJ.

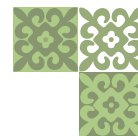
12. Recurso Especial não provido.

(REsp 1027318/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 31/08/2009)

Com relação, entretanto, ao termo final fixado para a esposa, quando o “de cujus” completasse setenta e quatro anos de idade, considerando que, em conformidade com o Relatório do IBGE, que divulga a Tábua Completa de Mortalidade, a expectativa de vida média dos homens, em 2012, era de 71 anos, reformo o julgado para reduzir o termo final para 71 anos.

Ademais, com relação ao pedido de que seja considerada a idade da viúva, à época, 26 anos, a sua capacidade econômica e a possibilidade de ela contrair novo matrimônio ou união estável, ou tornar-se financeiramente independente, cabe frisar a natureza indenizatória da pensão vitalícia ora deferida, que não se confunde com a pensão alimentícia decorrente do parentesco e a previdenciária.

A pensão alimentícia tem natureza tipicamente alimentar, como o próprio nome indica, ao passo que a previdenciária tem natureza contributiva, o que é evidenciado pelo art. 121 da Lei nº 8.213/1991. Com efeito, como bem pontua Maria Helena Diniz, a pensão oriunda de ato ilícito, como a decorrente do acidente de trabalho, é devida mesmo na hipótese de a vítima ou os seus dependentes estarem amparados por bens de fortuna, montepio, pensão previdenciária ou qualquer outra renda – o que afasta as alegações recursais visando a redução da condenação a título de pensão vitalícia.



Ademais, com relação aos pedidos de que seja considerada a idade da viúva, à época, 26 anos, a sua capacidade econômica e a possibilidade de ela contrair novo matrimônio ou união estável, ou tornar-se financeiramente independente; bem como de que seja fixado um limite para o pagamento da pensão à filha, 18 anos ou 25 anos, se comprovadamente permanecer estudando, cabe frisar a natureza indenizatória da pensão vitalícia ora deferida, que não se confunde com a pensão alimentícia decorrente do parentesco e a previdenciária.

Por seu turno, destaco que o pedido sucessivo de reforma do julgado em relação à pensão vitalícia, fixada em valor correspondente a 1/3 do salário do obreiro para cada beneficiário, afronta a própria tese de defesa, já que à fl. 78 da contestação foi requerido exatamente a aplicação do referido critério.

Nesse particular, friso que a sentença fixou o valor da pensão em R\$ 1.240,03, equivalente a 2/3 da remuneração contratual (de R\$ 1.860,05) apontada no termo de rescisão de fl. 46. Não há que se falar em valor exacerbado, pois a remuneração utilizada foi exatamente a apontada pela própria recorrente.

Note-se que esse valor não inclui na remuneração o montante referente as horas extras e ao adicional de periculosidade, até porque esse último sequer era pago ao reclamante. Conforme se depreende do TRCT e da anotação da CTPS, fls. 13 e 46, a remuneração inicialmente acordada foi de R\$ 1.771,48, enquanto o total das horas extras laboradas foi de R\$ 468,85, montantes que somados totalizam valor superior a remuneração (de R\$ 2.240,33) apontada no TRCT e utilizada pela sentença, portanto, não houve integração.

Considerando que a condenação ao pagamento do dano material foi estabelecida de forma mensal, fl. 244, descabe a discussão a respeito da aplicabilidade do redutor de 50% para a hipótese de se pagar a pensão em uma única parcela, até porque o referido pedido foi efetuado apenas em sede de recurso caracterizando clara inovação à lide. Além disso, o recebimento em uma única parcela é faculdade legal prevista para o indenizado e não para o causador do dano.

DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA REDUZIR O TERMO FINAL DA PENSÃO DA ESPOSA DO “DE CUJUS” PARA QUANDO ELE COMPLETASSE 71 ANOS DE IDADE.

Isto posto, acordam os Desembargadores da 4ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por MAIORIA, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA REDUZIR O TERMO FINAL DA PENSÃO DA ESPOSA DO “DE CUJUS” PARA QUANDO ELE COMPLETASSE 71 ANOS DE IDADE; vencida, em parte, a Ex.ma Desembargadora ANA LÚCIA BEZERRA, que DAVA PROVIMENTO PARCIAL ao recurso da reclamada para determinar que a pensão civil corresponda à diferença entre a remuneração percebida pelo empregado e o benefício previdenciário pago pelo INSS.

Salvador, 16 de Julho de 2014

PAULO SÉRGIO SILVA DE OLIVEIRA SÁ
Desembargador Relator

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

PROCESSO nº 0006195-08.2013.5.15.0000 (Oposic)

OPOENTE: SIND DOS TRAB NAS IND DA CONST MOB MONT INDL DE MO-
COCA OPOSTO: SIND DOS TRAB NA IND DE ENERGIA ELETRICA DE CAM-
PINAS

RELATOR: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

OPOSIÇÃO. DISSÍDIO COLETIVO. CABIMENTO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA
DOS ARTIGOS 56, 57 E 61 DO CPC. INTELIGÊNCIA DO RTIGO 769 DA CLT E
5º, XXXV, DA CF/88

A oposição constitui ação por meio da qual um terceiro intervé no processo, postulando o reconhecimento de sua titularidade sobre o direito que é objeto de controvérsia entre autor e réu. Assim, por se tratar de exercício do direito de ação, constitucionalmente garantido, os artigos 56, 57 e 61 do CPC são aplicáveis, por compatíveis com o processo coletivo trabalhista. Por tais fundamentos, reputa-se cabível a oposição, que deve ser conhecida em primeiro lugar no julgamento que a decidirá simultaneamente com o dissídio coletivo.

REPRESENTAÇÃO SINDICAL. O CONCEITO DE CATEGORIA SINDICAL. EN-
QUADRAMENTO. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO. ATIVIDADE PREPONDE-
RANTE DO EMPREGADOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 5 11 DA CLT.

A atividade preponderante do empregador define a categoria econômica e também o enquadramento da categoria profissional do empregado que a contrapõe. Para o direito brasileiro, o conceito jurídico de categoria sindical é formado por dois requisitos básicos: atividade econômica preponderante do empregador e a similitude das condições de trabalho do empregado, nestes termos aplicando o princípio da agregação em sua justa medida.

Da análise dos documentos acostados aos autos depreende-se que a suscitada não restringe sua atuação à construção, que explora apenas como meio para implementar sua atividade preponderante, destinada à manutenção das estações, subestações e redes de distribuição de energia elétrica, conectada com as funções e tarefas essenciais à dinâmica nuclear de uma indústria de energia elétrica e não de construção civil. Esta condição define seu posicionamento como membro integrante de um conglomerado de empresas, cujo nexos interrelacionais convergem para a indústria de energia elétrica, restando inequívoca a correlação entre a atividade econômica explorada pela suscitada e a categoria profissional representada pelo suscitante, ante a similitude que provoca nas condições de vida e de trabalho de seus empregados. In-



teligência do artigo 511 da CLT, sob a perspectiva constitucional traçada pelo artigo 8º da CF/88.

Trata-se de dissídio coletivo suscitado por SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS em face de CPFL SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S. A., objetivando a fixação de cláusulas econômicas e obrigacionais para a categoria profissional por ele representada.

Instruída a petição inicial com os documentos e a pauta de reivindicações.

Em audiência realizada no dia 16/07/2013 (ID 88696), a suscitada informou ter efetuado a apresentação eletrônica de contestação acompanhada de documentos, tendo sido concedido prazo ao suscitante para manifestação.

O SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO apresentou oposição, autuada em apartado, conforme determinação do Desembargador Vice-Presidente Judicial (ID 88696).

Em defesa (ID 88357) o suscitado argúi a carência de ação por ilegitimidade de parte, aduzindo inexistir correlação entre a atividade econômica e a categoria profissional representada pelo suscitante, inadequação da via eleita, incorreção na formação do polo passivo da reclamação, falta de interesse para agir ante a existência de norma coletiva em vigor, irregularidade na convocação da assembleia, falta de quorum mínimo para a sua realização e de transcrição da pauta de reivindicações na ata, ausência de comum acordo e negociação prévia. No mérito, insurge-se contra as cláusulas constantes da pauta de reivindicação apresentada.

O oponente, SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO argúi preliminarmente, a existência de litispendência com o processo 10.987-10.2010.5.15.0000 e a ausência de comum acordo e exigido pelo § 2º, do artigo 114 da Constituição Federal. Quanto ao mérito, alega ser o legítimo representante da categoria profissional dos empregados da suscitada.

Manifestação da Procuradoria do Trabalho opinando pelo reconhecimento da legitimidade do sindicato suscitante como representante dos empregados da suscitada, e procedência do dissídio coletivo (ID 189102)

É o relatório.

Fundamentação

VOTO

1. OPOSIÇÃO

Dispõe o artigo 61 do CPC, subsidiariamente aplicável por ser compatível com o presente processo, in verbis:

Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar.

Assim sendo, e considerando-se que as questões suscitadas pelo oponente estão imbricadas também com as preliminares apresentadas no presente dissídio coletivo, passo a julgá-los na mesma sentença normativa, apreciando primeiramente a OPOSIÇÃO.

Litispêndência

Afirma o oponente que “o sindicato suscitante intentou perante este sodalício em 2010 ação idêntica a esta, uma vez que possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, que autuada sob o n. 10.987-10.2010.5.15.0000, sendo naquela oportunidade apresentada Oposição pelo ora oponente” (ID 89787 dos autos do processo de oposição 0006195-08.2013.5.15.0000).

Destacou que, interposto recurso, a este foi negado provimento, tendo o v. acórdão consignado que “o sindicato suscitante apenas representa os empregados de empresas ou unidades de produção, geração, distribuição, comercialização, transmissão ou transformação de energia”.

A suscitada concordou com a oposição apresentada, notadamente quanto à ilegitimidade do suscitante, que impugna a assertiva, aduzindo que a alegação é “totalmente equivocada (...), uma vez que o Dissídio Coletivo proposto no ano de 2010 trata da negociação frustrada naquele período, para aquela data-base de 2010, com os reajustes previstos para aquele período”.

Pois bem.

Em relação à questão, dispõem os §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 301 do Código de Processo Civil:

“Art. 301 (...)

§ 1º Verifica-se a litispêndência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispêndência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.



Inicialmente, imperioso pontuar que a ação, à que o oponente se refere, foi ajuizada pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS e extinta sem resolução do mérito, assim mantida pelo C. TST ao negar provimento ao recurso, de modo que não há que se falar em litispendência.

Ademais, não houve julgamento de mérito da questão da representatividade sindical, apreciada apenas incidenter tantum no processo referido pelo oponente, extinto nos termos do artigo 267 do CPC.

Destaque-se, ainda, que, consoante o disposto no inciso III, do artigo 469 do CPC, aplicável por compatível com o processo trabalhista, não faz coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo”.

Por todas as razões aqui expostas não há substrato fático, jurídico e normativo para reconhecer a litispendência alegada, pelo que decido rejeitar a preliminar, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de questionamento.

2. MATÉRIA COMUM

Representação sindical

Afirma o suscitante ser o representante da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de energia elétrica em todos os municípios abrangidos por sua base territorial reconhecida pelo Ministério do Trabalho, o que inclui “os trabalhadores eletricitários de todo o Grupo Econômico CPFL Energia” (ID 82215).

Consigna que “a atividade da suscitada compreende os serviços operacionais, com várias bases de operação para os serviços de manutenção de rede de energia elétrica, manutenção de subestações, execução de obras em redes públicas como troca de postes e transformadores” (ID 82215).

Em defesa, a suscitada assevera que tem por atividade a manutenção de redes de energia elétrica, a fabricação de aparelhos e equipamentos, obras de engenharia e comercialização de material elétrico, destacando que “se insere na categoria econômica da Indústria da Construção e do Mobiliário, 3º Grupo sob a Confederação Nacional da Indústria, tendo por atividade correspondente os trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário” (ID 89357).

Aduz, ainda, que a data-base desta categoria já foi fixada no mês de maio e “a Suscitada aplica aos seus empregados a Convenção Coletiva celebrada entre os Sindicato da Indústria de Instalações Elétricas, Gás, Hidráulicas e Sanitárias do Estado de São Paulo - SINDINSTALAÇÃO e sindicatos de trabalhadores conventes, entre os quais, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção, do Mobiliário e Montagem Industrial de Mococa e Região” (ID 89357).

O oponente, por sua vez, argumenta que “pelo CNPJ da empresa

CPFL Serviços se constata que ela tem como atividade principal a CONSTRUÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA e como atividades secundárias OUTRAS OBRAS DE ENGENHARIA CIVIL NÃO ESPECIALIZADAS

ANTERIORMENTE. Assim, por qualquer ângulo que se analise as atividades da empresa CPFL Serviços, se tira a ilação que ela está ligada à atividade da Construção, sendo representado dessa forma seus funcionários pelo sindicato opoente. Veja ainda que pela Convenção Coletiva de Trabalho que ora se junta se verifica que a suscita (sic) empresa CPFL Serviços está representada no instrumento coletivo por seu sindicato patronal que é o SINDINSTALAÇÃO que firmou Convenção Coletiva de Trabalho com a Federação e o sindicato opoente, ficando claro no referido instrumento coletivo que a empresa CPFL Serviços, por seu código e suas atividades, enquadra-se na representatividade dos sindicatos signatários daquele instrumento coletivo, sendo assim mais uma razão que leva à improcedência da demanda intentada pela suscitante” (ID 89787).

Pois bem.

No direito brasileiro a questão está disciplinada pelo artigo 511 da CLT e seus parágrafos, ao dispor in verbis:

“Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.(...)

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.” (g.n.)

Verifica-se, portanto, que a atividade preponderante do empregador define a categoria econômica e também o enquadramento da categoria profissional do empregado.

Isto porque, é em decorrência da categoria econômica que se estabelece a categoria profissional que a contrapõe, ou se já, os trabalhadores são enquadrados na categoria correspondente àquela em que estão os respectivos empregadores, à exceção apenas das categorias profissionais diferenciadas, o que não é o caso.



A fiscalização realizada pela Auditora Fiscal do Trabalho Dilza Andrade de Paula (ID 101538), apurou em diligência na empresa suscitada que:

“ - a Classificação Nacional de Atividade Econômica Principal da empresa, apresenta o código 4221903 - Manutenção de redes de distribuição de energia elétrica.

Como código das atividades secundárias estão relacionadas:

2731700

- Fabricação de aparelhos e equipamento para distribuição e controle de energia elétrica; 4221902 - Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica; 4299599 - outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente.

Da diligência efetuada, entrevista com trabalhadores, verificamos que as atividades desenvolvidas, são típicas dos eletricitários.

No entanto, a contribuição sindical dos empregados é feita em favor do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Construção Mobiliário Mont Industrial de Mococa. A filiação patronal se estabeleceu com o Sindicato Ind. Instal. Elétrica, Gás, Hidr. Sanit. Est. de São Paulo” (g.n.)

Embora a suscitada consigne em sua defesa que não possui eletricitistas em seu quadro de empregados, tal não é o que se infere da consulta à página eletrônica da empresa CPFL Serviços na rede mundial de computadores (<http://www.cpfl.com.br/SaladeImprensa/Releases/tabid/154/EntryId/818/CPFL-Servicos-anuncia-selecao-de-80-novos-eletricistas-em-Campinas.aspx>), ao demonstrar que o seu quadro funcional é composto também por eletricitários, como evidencia a notícia veiculada em 19/04/2013, nos seguintes termos:

“CPFL Serviços anuncia seleção de 80 novos eletricitistas em Campinas

abr 19

Escrito por: CPFL Imprensa

19/4/2013 15:51

Interessados para o cargo devem enviar currículo por e-mail até 30

de abril de 2013

A CPFL Serviços, empresa do grupo CPFL Energia, está com 80 vagas em Campinas, todas para o cargo de eletricitista. Os candidatos interessados devem

enviar um currículo atualizado para o e-mail: recrutaelectricista@cpfl.com.br, até o dia 30 de abril de 2013.

Para se candidatar é preciso ter, no mínimo, 18 anos, ensino fundamental completo ou a concluir, e possuir Carteira Nacional de Habilitação (CNH), na categoria “B”. O processo seletivo será composto de entrevista, avaliação psicológica e avaliação de conhecimento técnico.

CPFL Serviços

A CPFL Serviços é uma empresa do grupo CPFL Energia, e que oferece soluções energéticas inovadoras e sustentáveis para empreendimentos de todos os segmentos. Em seu portfólio de serviços oferecidos estão:

Projeto e Construção de Subestações em média e alta tensão e Linhas de Transmissão, Projeto e Construção de Redes de distribuição aérea e subterrâneas,

Geração no horário de ponta, cogeração e climatização

Solução em energia solar e eficiência energética

Manutenção em média e alta tensão, inclusive linha viva

Recuperação de equipamentos”.

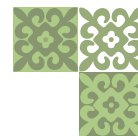
Infere-se, portanto, que a suscitada atua diretamente em atividades implicadas com as estações e subestações que operam em média e alta tensão em redes de distribuição de energia elétrica, constituindo-se a construção apenas como um meio para execução de sua atividade principal, diretamente conexas com a indústria da energia. Diferentemente do alegado pelo Sindicato-opoente e pela suscitada, tal constatação não foi elidida pelo que consta do CNAE ou do seu CNPJ.

Com efeito, ponderou o Ministério Público em seu parecer que:

“Constata-se, porém, que, no CAGED-Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério do Trabalho e Emprego, o CNPJ da suscitada está cadastrado com a atividade econômica CNAE 4221-9/03- Manutenção de Redes de Distribuição de Energia Elétrica, sendo que a maioria dos trabalhadores contratados constam como eletricitistas de manutenção de linhas elétricas, telefonia e comunicação de dados, constando ainda outros com a denominação mecânicos de manutenção de máquinas.

Saliente-se que referido cadastro é auto declarado, isto é, a própria empresa declarou sua atividade como sendo a manutenção das redes de energia elétrica.

Pode-se observar, assim, que a atividade da suscitada está intimamente ligada à rede de transmissão de energia elétrica, sendo que seus empregados são eletricitistas que trabalham tanto com a linha energizada quanto com a linha desenergizada. Constata-se, assim, que a atividade dos trabalhadores está intimamente



ligada à transmissão da energia elétrica, pois sem a manutenção da rede a empresa geradora não tem condições de exercer sua atividade” (ID 189102)

Importante ressaltar, que os dados constantes do CNPJ lançados na defesa pela suscitada consignam que além da construção de estações e subestações, sua atividade também está voltada para a manutenção das redes de distribuição de energia elétrica que operam em média a alta tensão, além da fabricação de aparelhos e equipamentos para distribuição e controle de energia elétrica, o que contribui para configurar sua atuação como empresa voltada para a indústria de energia.

A atividade preponderante do empregador define a categoria econômica e também o enquadramento da Categoria profissional do empregado que a contrapõe.

Para o direito brasileiro, o conceito jurídico de categoria sindical é formado por dois requisitos básicos: atividade econômica preponderante do empregador e a similitude das condições de trabalho do empregado.

Da análise dos documentos acostados aos autos depreende-se que a atividade preponderante da suscitada não se restringe apenas à construção, que explora apenas como meio para implementar sua atividade preponderante, destinada à manutenção das estações, subestações, redes e distribuição de energia elétrica, conectada com as funções e tarefas essenciais à dinâmica nuclear de uma indústria de energia elétrica e não de construção civil.

Esta condição define seu posicionamento como membro integrante de um conglomerado de empresas, cujo nexo interrelacional converge para a indústria de energia elétrica (CPFL - Companhia Paulista de Força e Luz), restando inequívoca a correlação entre a atividade econômica explorada pela suscitada e a categoria profissional representada pelo suscitante, ante a similitude que provoca nas condições de vida oriunda da profissão e do trabalho em comum, conforme requisito esta belecido pelo artigo 511 da CLT, analisado sob a perspectiva constitucional traçada pelo artigo 8º da CF/88.

Patente, pois, que os empregados da suscitada, seja em razão da atividade econômica explorada, seja em razão da similitude das condições de trabalho, interesses profissionais e qualificação dos seus empregados, devem ser representados pelo Sindicato-suscitante.

Neste sentido o bem elaborado parecer da D. Representante do Ministério Público do Trabalho, Procuradora Renata Cristina Piaia Petrocino, exarado nos seguintes termos:

“O presente caso se insere na mesma política do grupo econômico apreciada no processo nº 0000124-93.2010.5.15.0129, terceirizando atividades antes executadas pelas empresas principais do ramo de eletricidade a outras empresas satélites, com precarização das condições de trabalho. No presente caso, em que houve a aquisição de empresa que foi incorporada ao grupo econômico, a situação é até mais grave, uma vez que são executadas pelos empregados da CPFL Serviços atividades típicas dos eletricitários, sendo contratados como técnicos eletricitistas, eletricitistas de manutenção de linhas elétricas, instaladores de linhas elétricas.

Assim sendo, comparando-se dados salariais da empresa mãe com os da CPFL Serviços verifica-se o pagamento de salários sempre superiores aos registrados por esta no CAGED, sobretudo os empregados já desligados da Companhia

Paulista de Força de Luz.

Verifica-se, assim, que a CPFL Serviços executa atividades que se enquadram, seja sob o aspecto econômico, seja sob o aspecto profissional, em categoria distinta daquela em que a empresa atualmente enquadra seus empregados, o que resulta em prejuízos aos trabalhadores. De outro lado, empregados do mesmo grupo econômico que executam atividades idênticas são enquadrados como elet ricitários e se sujeitam a outras condições, melhores, nas mesmas localidades de trabalho.

Concluimos, portanto, que o enquadramento sindical deve ocorrer com o sindicato suscitante, eis que o mesmo representa a categoria dos trabalhadores eletricitários, que trabalham em contato com a energia elétrica, sendo esta a atividade preponderante da empresa suscitada” (ID 189102).

Por essa diretriz também caminha a OJ 22 da SDC do C. TST ao estabelecer:

LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DO SINDICATO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE AS ATIVIDADES EXERCIDAS PELOS SETORES PROFISSIONAL E ECONÔMICO ENVOLVIDOS NO CONFLITO. NE CESSIDADE. (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010

É necessária a correspondência entre as atividades exercidas pelos setores profissional e econômico, a fim de legitimar os envolvidos no conflito a ser solucionado pela via do dissídio coletivo.

Pelo exposto, julgo improcedente a oposição ajuizada por SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DAS CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, declarando de forma incidental a legitimidade do SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS para instaurar o presente dissídio coletivo.

Custas no importe de R\$ 20,00 pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DAS CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, calculadas sobre o valor atribuído à causa.

3. DISSÍDIO COLETIVO

3.1 Preliminares

3.1.1 Da carência de ação por ilegitimidade de parte ativa.



Conforme expendido no item anterior desta fundamentação, foi reconhecida a legitimidade do sindicato suscitante para representar a categoria dos empregados da suscitada, que também integra sua base territorial conforme consta da carta sindical juntada aos autos (ID 82225), restando inequívoca a pertinência subjetiva da ação, pelo que decido rejeitar a preliminar.

3.1.2 Inadequação da via eleita

Com relação à matéria afirma a suscitada que a questão que se pretende ver dirimida nestes autos “é a legitimidade de representação da categoria por este ou por aquele Sindicato e a correção do enquadramento sindical dos trabalhadores” sustentando que “o Dissídio Coletivo não é a ação que se preste a esta ordem de discussão, mesmo que incidentalmente, porque é demanda que não comporta maior dilação probatória, sendo nítida a inadequação da via eleita pelo Sindicato-suscitante” (ID88357).

Para corroborar suas assertivas, invoca a diretriz estabelecida nas OJ’s 07 e 09 do SDC do C. TST.

Pois bem.

Preconizam as indigitadas orientações jurisprudenciais, in verbis:

“OJ 07. Dissídio coletivo. Natureza jurídica. Interpretação de norma de caráter genérico. Inviabilidade (INSERIDA EM 27.03 .1998)

Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.

OJ 09. Enquadramento sindical. Incompetência material da Justiça do Trabalho (INSERIDA EM 27.03.1998)

O dissídio coletivo não é meio próprio para o Sindicato vir a obter o reconhecimento de que a categoria que representa é diferenciada, pois esta matéria - enquadramento sindical - envolve a interpretação de norma genérica, notadamente do art. 577 da CLT” (g.n.).

Destarte, os verbetes jurisprudenciais invocados são inaplicáveis ao caso em tela, porquanto tratem de matéria diferente daquela discutida nestes autos, dissídio coletivo de natureza econômica, em que a questão da representação sindical é suscitada incidenter tantum, sem que tenha sido aventada pelas partes qualquer alegação quanto a existência de categoria diferenciada.

Nada há pois para ser acolhido sob tal aspecto.

Com relação ao argumento concernente à impossibilidade de reconhecimento da representatividade sindical de forma incidental, igualmente sem razão a suscitada, haja vista que não há qualquer vedação na lei processual nesse sentido. Pelo contrário, imperiosa a análise incidental da questão da representatividade do suscitante, para que o dissídio de natureza econômica possa ser apreciado.

Destarte, decido rejeitar a preliminar.

3.1.3 Incorreção na formação do polo passivo

Afirma a suscitada a incorreção no polo passivo, argumentando que “a eventual fixação de novas condições de trabalho por via do presente dissídio coletivo terá o efeito de afastar a representação dos trabalhadores pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção, do Mobiliário e Montagem Industrial de Macaca (sic) e Região, bem como a aplicação da convenção coletiva de trabalho firmada por esta entidade” (ID 88357), de modo que o indigitado Sindicato deveria compor a relação processual.

Considerando-se que o referido sindicato já tomou conhecimento deste dissídio e apresentou oposição, que ora também está sendo julgada, conforme consta do item 1 desta fundamentação, tem-se por suprida a necessidade de intimação do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção, do Mobiliário e Montagem Industrial de Mococa e Região para compor o polo passivo da demanda, pelo que decido rejeitar a preliminar.

3.1.4 Falta de interesse para agir. Existência de norma coletiva em vigor

Sustenta a suscitada a ausência de interesse para agir, ante a existência de norma coletiva em vigor firmada com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção, do Mobiliário e Montagem Industrial de Mococa e Região.

Igualmente sem razão.

Como decidido no item 2 desta fundamentação, o Sindicato mencionado não detém a representatividade dos empregados da Suscitada, de modo que as cláusulas por ele suscitadas não ostentam a validade de norma coletiva, remanescendo inequívoco o interesse de agir do suscitante, Sindicato que efetivamente representa a categoria profissional.

Destarte, decido rejeitar a preliminar.

3.1.5 Da inexistência do edital de convocação da AGE

Sustenta a suscitada que embora o Suscitante tenha alegado que convocou assembleia dos trabalhadores para o dia 10/06/2013 na cidade de São José do Rio



Pardo, colacionou documento que indica esta ocorrência na cidade de Campinas, o que invalida o ato e torna forçosa a extinção do feito sem resolução do mérito.

Sem razão.

No dia 06 de junho de 2013 o Suscitante publicou no Jornal “Agora” (ID 82240), edital de convocação para Assembleia, nos seguintes termos:

“SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS (STIEEC) EDITAL DE CONVOCAÇÃO - CAMPANHA SALARIAL 2013 FR ENGENHARIA LTDA. ACV TECLINE ENGENHARIA LTDA. L. M. MONTANARI & CIA. LTDA. - EPP CPFL SERVIÇOS - CPFL SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. Pelo presente edital, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas (STIEEC) con voca todos os trabalhadores das empresas FR ENGENHARIA LTDA., ACV TECLINE ENGENHARIA LTDA., L. M. MONTANARI & CIA. LTDA. - EPP, CPFL SERVIÇOS - CPFL SERVIÇOS, EQ UIPAMENTOS, INDÚSTRIA E COMÉRCIOS.A., lotados em municípios que integram a sua base territorial, para participarem das ASSEMBLEIAS GERAIS EXTRAORDINÁRIAS a serem reali zadas nas cidades, dias e horários abaixo relacionados para deliberarem sobre a seguinte ORDEM DO DIA: a) Discussão e aprovação da Pauta de Reivindicações a ser encaminhada à empresa empregadora; b) Autorização para a diretoria do Sindicato firmar Acordo Coletivo de Trabalho com a empresa empregadora; c) Autorização para a diretoria do Sindicato requerer protesto judicial,bemcomopara instaurar processo de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho; d) Aprovação do plano de lutas; e) Aprovação e/ou Ratificação da Taxa Negocial (contribuição assistencial e/ou confederativa e/ou negocial); f) Assuntos gerais do interesse dos trabalhadores. LOCAIS, DIAS E HORÁRIOS DAS ASSEMBLÉIAS: RIO CLARO (FR Engenharia): dia 10/06/2013, às 07h00 em primeira convocação e às 07h30 em segunda convocação na Avenida 53, nº 1450, Jardim Anhaguera; Tr ês Lagoas (ACV TECLINE): dia 10/06/2013, às 16h00 emprimeira convocação e às 16h30 em segunda convocação na Rua Otávio Sigefredo Roriz, nº 105,1, Vila Nova; Serrana (L. M. Montanari): dia 10/06/2013, às 07h00 em primeira convocação e às 07h30 em segunda convocação na Rua João Antonio Empresarial Terçariol, nº 246, Centro; SÃO JOSÉ DO RIO PARDO (CPFL SERVIÇOS): dia 10/06/2013, às 07h00 em primeira convocação e às 7h30 em segunda convocação na Avenida Braguetas, nº 364; São Joaquim da Barra (L. M. Montan ari): dia 11/06/2013, às 07h00 em primeira convocação e às 07h30 em segunda convocação na Ru a Maria Rosa da Silva, nº 500, Jardim Paraíso; Franca (L. M. Montanari): dia 12/06/2013, às 14h00 em primeira convocação e às 14h30 em segunda convocação na Rua José Paulo, nº 2650, Jardim São Luiz. Além das localidades acima especificadas, com a finalidade de garantir amais ampla participação dos trabalhadores nas decisões, o Sindicato poderá realizar assembleias em outras localidades, dias e horários, mediante a prévia convocação através d e Boletins Sindicais. E, para que o presente edital chegue ao conhecimento de todos os trabalhadores interessados, determino a sua publicação em jornal de grande circulação em todo o estado. Campinas, 06 de

junho de 2013. Gentil Teixeira de Freitas - Presidente” (ID 82240 - com outros destaques no original).

Diante de tal contexto, e considerando que a suscitada não impugna o fato de que o jornal “Agora” circula na cidade em que está localizada, integrante da base territorial do sindicato, restaram cumpridas as exigências contidas nos artigos 524, “e”, e 859 da CLT, assim como aquela inserta na OJ 28 da SDC do C. TST - ao preconizar que “o edital de convocação para a AGT deve ser publicado em jornal que circule em cada um dos municípios componentes da base territorial”.

Destarte, decido rejeitar a preliminar.

3.1.6 Carência de ação. Ausência de transcrição da pauta de reivindicações na ata de assembleia.

Deduz a suscitada que o Sindicato-suscitante “não comprovou que esta assembleia foi designada, especificamente, para aprovar a pauta de reivindicação contra a suscitante; assim como não registra a transcrição das cláusulas que foram supostamente aprovadas” (ID 88357).

Mais uma vez sem razão.

Com efeito, da leitura do edital de convocação mencionado no item 3.1.5 desta fundamentação extrai-se que a instalação da assembleia teve por objetivos a: “a) Discussão e aprovação da Pauta de Reivindicações a ser encaminhada à empresa empregadora; b) Autorização para a diretoria do Sindicato firmar Acordo Coletivo de Trabalho com a empresa empregadora; c) Autorização para a diretoria do Sindicato requerer protesto judicial, bem como para instaurar processo de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho; d) Aprovação do plano de lutas; e) Aprovação e/ou Ratificação da Taxa Negocial (contribuição assistencial e/ou confederativa e/ou negocial); f) Assuntos gerais do interesse dos trabalhadores” (ID 82240).

Ademais, a ata de assembleia realizada no dia 10/06/2013 (ID 82249) consigna a transcrição das cláusulas que foram objeto de votação e aprovação, de sorte que atendidos os requisitos previstos nas OJ’s 08 e 29 da SDC do C. TST.

Diante de tal contexto, inexistentes as irregularidades apontadas, decido rejeitar a preliminar.

3.1.7 Da irregularidade do quorum para realização da Assembleia Geral Extraordinária (AGE).



O suscitado alega que o suscitante “não se desincumbiu do ônus de demonstrar o preenchimento do quórum mínimo para a deliberação sobre os assuntos tratados nas Assembleias Gerais Extraordinárias por ele realizadas”. Sustenta que “nos termos do artigo 35º, do Estatuto do próprio sindicato, as deliberações em assembleia serão tomadas por maioria simples dos ASSOCIADOS presentes” (ID 88357).

Não merece acolhida a insurgência.

Isso porque, conforme já mencionado, o sindicato suscitante acostou com a inicial o edital de convocação para a realização da Assembleia Geral

Extraordinária (ID 82240), tendo sido consignado o quórum assemblear nos termos das disposições estatutárias respectivas. Também foi juntada a ata da assembleia em que foram deliberadas as propostas de cláusulas reivindicatórias da categoria, assim cumprindo o estabelecido no art. 859 da CLT (2/3 dos presentes em 2ª convocação).

A ata de assembleia revela que as deliberações foram votadas em segunda convocação, tendo sido autorizado pela totalidade dos presentes o ajuizamento do dissídio coletivo, em cumprimento aos artigos do respectivo estatuto.

Destaque-se, por fim, que a comprovação quanto à alegada irregularidade do quórum era encargo processual da suscitada, do qual não se desvencilhou, sendo importante consignar que insuficientes para tanto as meras afirmações contidas na peça defensiva.

Assim, decido rejeitar a preliminar.

3.1.8 Do pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo - Do comum acordo.

O suscitado requer a extinção do processo sem resolução do mérito, alegando a inexistência de pressuposto processual, por não ter havido consenso entre as partes para a instauração da instância coletiva.

Mais uma vez não tem razão.

Ao estabelecer que recusando-se “qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (g.n.), o § 2º do art. 114 da CF/88 pretendeu reafirmar a importância que todo ordenamento jurídico nacional confere à negociação coletiva.

Os autos demonstram de forma inequívoca as tentativas de negociação, tendo sido neste sentido encaminhada comunicação à empresa com pedido de mesa redonda (ID 82261).

Ressalte-se que o acesso à jurisdição constitui garantia albergada na Constituição da República como direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, que nestes termos baliza a interpretação da alocação lançada sob a epígrafe de “comum acordo” no parágrafo 2º, do artigo 114 da CF/88, face aos princípios da eficácia integradora, concordância prática e unidade da Constituição, que exigem como norte de interpretação a garantia de máxima efetividade de seus dispositivos e a celeridade na solução dos litígios (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). Neste contexto também se insere o disposto no artigo art. 8º, III quando confere legitimidade aos sindicatos profissionais para a “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Portanto, nosso sistema normativo não concede a uma das partes a possibilidade de obstar à outra o acesso à jurisdição por mero voluntarismo injustificado, que impeça a atuação sindical nos moldes conferidos pela Constituição, como pretende o suscitado.

Acerca dos princípios de hermenêutica constitucional, vale transcrever os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (Curso de Direito Constitucional. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114 e 118):

“Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”

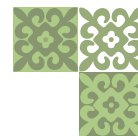
Prosseguem, lecionando que o princípio da máxima efetividade “de igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansiva”.

Deste modo, decido rejeitar a preliminar.

3.2 Mérito

Em cumprimento aos termos do art. 227 do Regimento Interno deste Tribunal, a pauta de reivindicações será analisada mediante transcrição em itálico, seguida de justificativa e da redação final, verificando sua adequação com a legislação vigente e Precedentes Normativos do C. TST e deste Egrégio Regional.

Importante consignar que, embora inexistam cláusulas preexistentes por se tratar de dissídio originário, o fato é que a suscitada admite como devidas algumas pretensões insertas na pauta de reivindicações, ao reconhecer expressamente que já vem pagando aos seus empregados os benefícios correspondentes. Destarte, a fim de evitar a ocorrência de prejuízo aos trabalhadores, referido reconhecimento será levado a efeito por ocasião da análise das cláusulas ora submetidas à apreciação.



Tal se dá em observância ao princípio da proibição do retrocesso social, também denominado de aplicação progressiva dos direitos sociais, cuja finalidade é evitar a supressão ou a redução de direitos anteriormente e garantidos.

Importante consignar que o referido princípio exsurge de vários dispositivos constitucionais, como o inciso III, do artigo 3º, que estabelece como objetivo fundamental da República a dignidade da pessoa humana; § 2º, do artigo 5º, ao preconizar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e 7º, caput, que ao relacionar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ressalta a observância de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à apreciação das cláusulas constantes da pauta de reivindicações.

CLÁUSULA 1ª. - DATA-BASE A data-base é fixada em 1º de julho, conforme reivindicação dos trabalhadores.

Justificativa: Defiro a reivindicação, haja vista tratar-se do dia primeiro mais próximo à data de ajuizamento do dissídio coletivo originário, ocorrido em 28/06/2013 (PN 26 deste Eg. TRT).

CLÁUSULA 2ª. VIGÊNCIA E ABRANGÊNCIA DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO O Acordo Coletivo de Trabalho abrangerá todos os trabalhadores da EMPRESA e terá vigência de dois anos, ou seja, de 01/07/13 a 31/06/15, conforme previsão do artigo 614, § 3º, da CLT e se prorrogará automaticamente pelo período de um ano, ou seja, de 01/07/15 a 31/06/16.

Justificativa: Defiro parcialmente a reivindicação, com observância do disposto no parágrafo único do artigo 868 da CLT e PN 120 do C. TST, por se tratar de sentença normativa, de modo que não há amparo legal para restringir a vigência para 03 anos.

Redação final:

CLÁUSULA 2ª

VIGÊNCIA E ABRANGÊNCIA

A decisão normativa abrangerá todos os empregados da empresa suscitada e vigorará a partir de 01/07/13, pelo prazo legal ou até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita.

CLÁUSULA 3ª. UNIFORMIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A EMPRESA manterá as mesmas condições de trabalho aos trabalhadores que laboram no mesmo local dos trabalhadores da empresa tomadora de serviços.

Justificativa: Defiro a reivindicação, por não contrariar a legislação vigente e por se tratar de cláusula social que prioriza o princípio constitucional da isonomia, efetuando mera correção de redação.

Redação final:

CLÁUSULA 3ª.

UNIFORMIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A EMPRESA manterá as mesmas condições de trabalho aos que laboram no mesmo local dos trabalhadores da empresa tomadora de serviços.

CLÁUSULA 4ª. - DIREITO DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO LOCAL DE TRABALHO O SINDICATO

deverá ter acesso livre às dependências da EMPRESA para: Sindicalização de trabalhadores; Acompanhamento de eventuais fiscalizações de iniciativa de órgãos públicos, em especial de Gerências Regionais do Trabalho; Acesso antecipado a informações referentes a reestruturação organizacional ou implantação de novas tecnologias; Reuniões com trabalhadores para esclarecimentos e debates acerca de assuntos de interesse dos mesmos; Representação dos trabalhadores, prioritariamente os sindicalizados, e do SINDICATO perante a EMPRESA.

Justificativa: Defiro parcialmente a reivindicação, com alterações para adequar a cláusula ao Precedente Normativo 91 do C. TST e 30 da SDC deste Eg. TRT.

Redação final

CLÁUSULA 4ª

DIRIGENTE SINDICAL - ACESSO AO LOCAL DE TRABALHO

A EMPRESA permitirá o acesso dos dirigentes do sindicato aos locais de trabalho, nos intervalos destinados a alimentação e descanso, para desempenho de suas funções, vedada a divulgação de matéria político-partidária ou ofensiva.

CLÁUSULA 5ª. - COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTISINDICAIS (sic)

Considerando as melhores práticas de relacionamento entre EMPRESA e SINDICATO, considerando as práticas mais modernas ordenadas pela Organização Internacional do Trabalho e, por fim, considerando a missão da EMPRESA de valorização do trabalho, fica garantido que:

a) Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego.



b) Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que vise m: sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato ou deixe de ser membro de um sindicato; causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do trabalhador, durante o horário de trabalho.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, por não contrariar a legislação vigente e por se tratar de cláusula que está em consonância com a previsão constitucional concernente à liberdade de associação (artigo 8º da CF/88)

Redação final:

CLÁUSULA 5ª.

COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTISSINDICAIS

Considerando a necessidade de que haja um bom relacionamento entre EMPRESA e SINDICATO, as práticas preconizadas pela Organização Internacional do Trabalho sob tal aspecto e, por fim, a missão da EMPRESA quanto à valorização do trabalho, fica assegurado que:

a) Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego.

b) Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que vise m: sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie ou deixe de ser membro de um sindicato; causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora da jornada de trabalho ou, com o consentimento da empresa, durante o horário de trabalho.

CLÁUSULA 6ª. - ACESSO A INFORMAÇÕES A EMPRESA enviará ao SINDICATO, em até cinco dias após solicitação formal, as seguintes informações:

Alterações de situações de emprego, salário, cargo, função e jornada de trabalho, bem como da estrutura organizacional; Condições de saúde, trabalho e mudanças tecnológicas; Relação mensal de desconto das mensalidades sindicais, informando o motivo pelo qual trabalhadores sindicalizados eventualmente não tenham sofrido desconto da mensalidade sindical; Relação mensal de trabalhadores contendo informações sobre o número de trabalhadores existentes, admitidos e desligados no mês, seus respectivos salários e funções na data de admissão e desligamento; Quadro demonstrativo de funções e salários, nos meses de novembro e abril de cada ano, quadro demonstrativo de cargos, funções, padrões, salários, formas de acesso, aumentos de qualquer natureza, adicionais, prêmios e suas alterações.

Parágrafo 1º. - A EMPRESA se compromete a disponibilizar à entidade Sindical e aos Trabalhadores, todas as informações de forma clara, precisa e completa sobre as alterações ou atividades que possam afetá-las, com o objetivo de mitigar os conflitos internos.

Parágrafo 2º. - Essas informações devem ser facilmente acessadas e oferecidas em prazos adequados para que as possíveis consequências possam ser fruto de negociação.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 7ª. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/ NEGOCIAL A EMPRESA procederá desconto em folha de pagamento de seus empregados da contribuição assistencial/ confederativa/ taxa negocial, desde que observadas as seguintes condições

Apresentação pelo SINDICATO do edital de convocação de assembleia, onde deverá constar especificamente a discussão do item contribuição assistencial / confederativa / taxa negocial o sindicato, após realização da assembleia que aprove o desconto, remeterá à empresa, até quinze dias da ata da assinatura do acordo coletivo a ata da respectiva assembleia em que conste a aprovação do desconto, a importância a ser descontada de cada empregado e a relação de trabalhadores que entregaram a carta de oposição nos termos da letra e. o desconto previsto nesta CLÁUSULA será efetuado no mês de setembro e repassado ao SINDICATO até o 5º dia útil do mês seguinte ao do desconto fica assegurado o prazo de 10 dias úteis, contados da assinatura do Acordo Coletivo para os empregados oporem-se ao desconto, através da manifestação escrita, assinada e com protocolo individualizado na sede do SINDICATO ou através de carta, via Correio, com Aviso de Recebimento (AR) também individualizado. O Sindicato assume integralmente a responsabilidade pelas informações fornecidas nos termos acima, bem como, por qualquer pendência judicial ou extrajudicial, suscitada por empregado, órgãos, instituições ou entes governamentais decorrentes do cumprimento desta CLÁUSULA.

Justificativa: Defiro parcialmente a reivindicação, com alterações, para adequar a cláusulas aos Precedentes Normativos 24 dest e Eg. TRT e 119 do C. TST.

Redação final:

CLÁUSULA 7ª.

CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/ NEGOCIAL

A EMPRESA procederá ao desconto em folha de pagamento, exclusivamente dos empregados associados do Sindicato, da contribuição assistencial/ confederativa/ taxa negocial, desde que observadas as seguintes condições:

a) Apresentação pelo SINDICATO do edital de convocação de assembleia, do qual deverá constar especificamente a discussão do item contribuição assistencial / confederativa / taxa negocial, direito de oposição pelos que discordarem e como será exercido.

b) Remessa à EMPRESA da ata da qual conste a aprovação do desconto, a importância a ser descontada de cada associado ao sindicato e a forma de exercer a oposição no prazo de até 15 dias, contados da assinatura da respectiva ata;



c) Remessa à EMPRESA da relação dos associados que discordarem deste desconto, no prazo de 15 dias contados da apresentação da oposição.

d) Desde que observados os prazos suprarreferidos, o desconto previsto nesta cláusula será efetuado no mês de setembro e repassado ao SINDICATO até o 5º dia útil do mês subsequente ao desconto.

e) O Sindicato assume integralmente a responsabilidade pela fidelidade das informações fornecidas nos termos acima, bem como, por qualquer pendência judicial ou extrajudicial, suscitada por empregado, órgãos, instituições ou entes governamentais decorrentes do cumprimento desta cláusula.

CLÁUSULA 8ª - REUNIÕES COM SINDICATO A EMPRESA compromete-se a elaborar uma agenda de reuniões mensais para acompanhamento do acordo coletivo e discussão de casos pendentes, entre a direção do sindicato e à área de recursos humanos da empresa.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Pr ecedente Normativo que ampare o pedido, de modo que não há se falar em discussão de casos pendentes.

CLÁUSULA 9ª. DIRIGENTE SINDICAL A EMPRESA reconhece e concede estabilidade de emprego e afastamento de 1 (um) trabalhador eleito para cargo de dirigente sindical para exercício de suas atividades junto ao SINDICATO, sem prejuízo da remuneração, benefícios e adicionais se houver.

Justificativa: Indefiro a integralidade da reivindicação, ante a inexistência de negociação entre as partes e tratar-se de questão disciplinada por lei.

Entretanto, admito parcialmente, com alterações, nos termos do PN 31 deste Eg. TRT.

Redação final:

CLÁUSULA 9ª

DIRIGENTE SINDICAL

A EMPRESA concederá licença remunerada aos dirigentes do sindicato, para participar de assembleias e reuniões sindicais devidamente convocadas e comprovadas.

CLÁUSULA 10ª. REPRESENTANTE SINDICAL A EMPRESA reconhece e concede estabilidade de emprego a representantes sindicais do SINDICATO, desde a inscrição da candidatura até um ano após o término do mandato, ressalvadas as hipóteses de rescisão contratual por justa causa ou pedido de demissão por parte de trabalhador.

Parágrafo Primeiro: O número de representantes sindicais considerados para os efeitos do caput desta cláusula é de 1 (um) trabalhador e está vinculado à apresentação,

pelo SINDICATO, dos seus representantes eleitos dentro dos limites acima, e aos quais se aplicarão as políticas vigentes no âmbito da EMPRESA.

Parágrafo Segundo: Os representantes sindicais serão dispensados do serviço, sem comprometimento de sua remuneração, desde que solicitado pelo SINDICATO à EMPRESA com aviso prévio de 2 (dois) dias úteis.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes e tratar-se de matéria disciplinada por lei. Ademais, o suscitante não informou o número de empregados da suscitada, o que impede a aplicação do PN 86 do E. TST.

CLÁUSULA 11ª. - REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO A

EMPRESA fixará, sem alteração salarial, a jornada de trabalho de seus trabalhadores em 40 (quarenta) horas semanais, ressalvadas as jornadas relativas a jornadas profissionais diferenciadas.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 12ª - QUALIDADE DE VIDA A EMPRESA deverá incentivar seus trabalhadores a praticar esportes e ou atividades de lazer, através de apoio aos grêmios, ou convenio com clubes de lazer próximos aos locais de trabalho. Parágrafo Único: A EMPRESA deverá desenvolver programas e ou palestras sobre hábitos alimentares, combate ao sedentarismo, drogas, visando melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 13ª. - GRUPO DE ANÁLISE DE ACIDENTES E

SEGURANÇA NO TRABALHO - fl. 29

A EMPRESA manterá um grupo de trabalho voltado à análise de acidentes de trabalho, formado por um representante titular e um suplente indicados pelo

SINDICATO e por representantes da EMPRESA.

Parágrafo 1º. Além de investigar e apontar eventuais causas de acidentes, referido grupo terá por objetivo propor soluções, diretrizes, normas e procedimentos que visem aprimorar as condições de trabalho e políticas de saúde e segurança da EMPRESA.

Parágrafo 2º. A EMPRESA remeterá ao SINDICATO, mensalmente, cópias das Comunicações de Acidentes de Trabalho (CAT).



Parágrafo 3º. Durante a vigência do presente acordo, o grupo de que trata esta cláusula poderá realizar campanhas relativas à saúde e segurança, avaliar EPI's, EPC's e sugerir trocas, bem como a adoção de medidas preventivas.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 14ª - POLÍTICA E DIRETRIZES BÁSICAS DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO. A EMPRESA se compromete a transformar a atual

CIPA em Comissões de Condições de Trabalho, Saúde e Meio Ambiente (CCTSM-MA), comprometendo-se a ampliar as atribuições das atuais CIPA de modo que as CCTSMA tenham competência para identificar ou monitorar os impactos decorrentes da organização da produção e do trabalho e aquelas decorrentes de inovações tecnológicas e organizacionais, bem como, apresentar propostas e reivindicar medidas viáveis para melhoria de trabalho, acompanhando permanentemente tais medidas, inclusive no tocante à multicausalidade dos acidentes de trabalho, aos impactos ambientais decorrentes da poluição industrial, e ainda aquelas referentes aos reflexos sobre o ambiente e condições de trabalho e de medidas contratadas entre EMPRESA e terceiros.

Parágrafo 1º - A EMPRESA se compromete a implementar às seguintes condições: Não promover a transferência unilateral de local de trabalho dos membros da CIPA/CCTSMA; Conceder tempo livre e infra-estrutura adequada aos membros da CIPA/CCTSMA para o desempenho de suas funções; Garantir a estabilidade no emprego para todos os membros da CIPA/CCTSMA, inclusive suplentes e representantes da EMPRESA, nos mesmos moldes da estabilidade assegurada para os membros titulares e suplentes eleitos pelos trabalhadores; Encerradas as inscrições para eleição das CIPA/CCTSMA, enviar ao SINDICATO cópias das listas contendo o nome e a área de lotação e função dos candidatos;

Implementar eleição direta para as presidências das CIPA/CCTSMA; Garantir o acompanhamento do SINDICATO a todo processo eleitoral; Garantir, com a participação do SINDICATO, treinamento a todos os cipeiros eleitos e reeleitos; Enviar ao SINDICATO cópias dos calendários de eventos e das reuniões ordinárias de todas as CIPA/CCTSMA, no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a reunião de instalação e posse das mesmas; Informar, com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas, o SINDICATO quando forem marcadas reuniões extraordinárias das CIPA/CCTSMA;

Parágrafo 2º - A EMPRESA se compromete a constituir uma comissão trabalhador - sindicato - empresa, para discutir e acompanhar as questões de saúde e segurança.

Parágrafo 3º - A EMPRESA se compromete a observar os seguintes procedimentos para garantia da saúde e segurança do trabalhador e do meio ambiente, complementares e adicionais aos já existentes: A EMPRESA respeitará as normas regulamentadoras (NR's) aprovadas pela Portaria n.º 3214 do MTb de 08.06.78 e mediante prévio entendimento entre as partes, assegurará acesso aos locais de trabalho de uma comissão formada por um Médico do Trabalho, representantes do Sindicato, da EMPRESAS e do Ministério do Trabalho, para fins de verificação das condições de insalubridade, higiene e segurança no

trabalho; A EMPRESA se compromete a cumprir a NR-10 (Trabalhos em Eletricidade), em todas as suas aplicações; A EMPRESA se compromete a garantir a participação do Sindicato na elaboração das Políticas e Diretrizes Básicas de Saúde e Segurança no Trabalho e Meio Ambiente, incluindo a realização conjunta de Cursos, Palestras e Seminários. A EMPRESA deverá criar instrumentos para assegurar a qualidade e a frequência aos programas de treinamento. A EMPRESA assegurará, sempre que solicitado por médico do Trabalho indicado pelo Sindicato, e mediante autorização do trabalhador, os resultados dos exames e informações sobre sua saúde, relacionados com as suas atividades ocupacionais; A EMPRESA garantirá a participação do Sindicato na análise das causas dos acidentes de trabalho, bem como fornecimento de cópias dos relatórios dos acidentes; Fica proibida a introdução de teste de gravidez e HIV nos exames admissionais.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, a matéria já está disciplinada por lei e não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 15ª. IMPEDIMENTO À DISCRIMINAÇÃO A EMPRESA cumprirá integralmente a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre discriminação em matéria sobre emprego, profissão e condições de emprego.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, por estar em consonância com o disposto o Decreto 62.150/68, que promulgou a Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

Redação final:

CLÁUSULA 15ª

IMPEDIMENTO À DISCRIMINAÇÃO

A EMPRESA cumprirá integralmente a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que veda a discriminação em matéria de emprego e profissão.

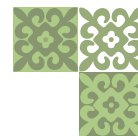
CLÁUSULA 16ª. ASSÉDIO SEXUAL E MORAL A EMPRESA, em respeito à dignidade humana do trabalhador, orientará os seus trabalhadores, gerentes e gestores, através de Instruções normativas, objetivando neutralizar práticas de assédio sexual e assédio moral.

Parágrafo Único: A EMPRESA se compromete a realizar palestras, cursos e campanhas sobre o tema.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, por não contrariar a legislação vigente e por se tratar de cláusula social que prioriza a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Redação final:

CLÁUSULA 16ª.



ASSÉDIO SEXUAL E MORAL

A EMPRESA, em respeito à dignidade da pessoa humana, orientará seus trabalhadores, gerentes e gestores, através de Instruções normativas, objetivando neutralizar práticas de assédio sexual e assédio moral.

Parágrafo Único: A EMPRESA se compromete a realizar palestras, cursos e campanhas sobre o tema.

CLÁUSULA 17ª

Proposta original:

REMUNERAÇÃO DO READAPTADO. A EMPRESA complementarará a remuneração do trabalhador readaptado em decorrência de acidente de trabalho ou por doença profissional, sempre que houver supressão de vantagens ou adicionais, tendo como base a remuneração e benefícios percebidos no dia do afastamento.

Justificativa apresentada pela relatora de sorteio: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação e entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

Divergência:

Deve ser deferida a reivindicação, ante a vedação à redução salarial preconizada no inciso VI do artigo 7º da Constituição da República. Ademais,

importante destacar que a legislação nacional adotou a teoria da reparação integral, de modo que incumbe à empresa que causou dano ao trabalhador responder pelos prejuízos que venham a ser por ele suportados, quando decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional. O art.118 da Lei nº 8.213/91, que permitia a redução nominal do salário do reabilitado, foi revogado.

A divergência, de acolhimento integral da cláusula 17ª, prevaleceu por maioria, ficando mantida nos termos em que proposta.

CLÁUSULA 17ª.

REMUNERAÇÃO DO READAPTADO.

A EMPRESA complementarará a remuneração do trabalhador readaptado em decorrência de acidente de trabalho ou por doença profissional, sempre que houver supressão de vantagens ou adicionais, tendo como base a remuneração e benefícios percebidos no dia do afastamento.

CLÁUSULA 18ª MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS EM CASO DE AFASTAMENTO Em caso de licença para tratamento de doença/ou acidente de trabalho do trabalhador, a EMPRESA garantirá a concessão de todos os benefícios (VA, VR, AMHO, Auxílio

Creche, PPR e todos os demais adicionais) constantes em Acordo Coletivo de Trabalho durante todo o período de afastamento

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 19ª. DIREITO DE RECUSA Quando o trabalhador, no exercício de sua função, entender que a vida ou integridade física, sua e/ou de seus colegas de trabalho, se encontra em risco grave e iminente por falta de medidas adequadas de proteção, no posto de trabalho, poderá suspender a realização da respectiva operação, comunicando imediatamente tal fato ao seu superior hierárquico, e na ausência deste ao Órgão de Segurança da EMPRESA, que após analisar a situação, manterá ou não a suspensão da operação, até que venha ser normalizada a referida situação.

Parágrafo Único: A CIPA será informada da ocorrência e do resultado do processo de análise.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, por não contrariar a legislação vigente e por se tratar de cláusula que prioriza o direito fundamental de preservação da integridade física e mental do trabalhador.

Redação final:

CLÁUSULA 19ª.

DIREITO DE RECUSA

Quando o trabalhador, no exercício de sua função, entender que a vida ou integridade física, sua e/ou de seus colegas de trabalho, encontra-se em risco grave e iminente pela ausência de medidas adequadas de proteção no posto de trabalho, poderá suspender a realização da respectiva operação, comunicando imediatamente tal fato ao seu superior hierárquico e, na ausência deste, ao Órgão de Segurança da EMPRESA, que após analisar a situação, manterá ou não a suspensão da operação, até que venha ser normalizada a referida situação.

Parágrafo Único: A CIPA será informada da ocorrência e do resultado do processo de análise.

CLÁUSULA 20ª. - ABONO DE FALTAS AO ESTUDANTE A EMPRESA concederá abono de faltas ao trabalhador estudante nos dias de provas bimestrais e finais, desde que em estabelecimento oficial, autorizado ou reconhecido de ensino, pré-avisando o trabalhador com o mínimo de 72 (setenta e duas) horas e comprovação posterior, compensando na jornada de trabalho as horas concedidas.

Justificativa: Defiro a reivindicação, pois em consonância com os Precedentes Normativos 02 desta SDC e 70 do C. TST, com ajustes de redação.



Redação Final:

CLÁUSULA 20ª.

ABONO DE FALTAS AO ESTUDANTE

A EMPRESA abonará as faltas do trabalhador estudante nos dias de provas em estabelecimento de ensino oficial, autorizado ou reconhecido, desde que o empregador seja pré-avisado com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, e o motivo justificador da ausência seja posteriormente comprovado.

CLÁUSULA 21ª. ESTÁGIOS A EMPRESA se compromete a cumprir a legislação em vigor, destinando os estagiários para atividades de caráter complementar aos estudos, ficando vedada a ocupação de cargos e funções correspondentes aos trabalhadores de quadro próprio, sob pena de caracterização do vínculo trabalhista.

Justificativa: Defiro a reivindicação, pois em consonância com a legislação trabalhista.

CLÁUSULA 21ª

ESTÁGIOS

A EMPRESA se compromete a cumprir a legislação em vigor, destinando os estagiários para atividades de caráter complementar aos estudos, ficando vedada a ocupação de cargos e funções correspondentes aos trabalhadores de quadro próprio, sob pena de caracterização do vínculo trabalhista.

CLÁUSULA 22ª. - SEGURO DE VIDA E ACIDENTES A empresa incluirá no Acordo Coletivo o seguro de vida para todos os trabalhadores

Justificativa: Conforme admitiu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

CLÁUSULA 22ª.

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES

Ressalvadas as situações mais favoráveis, as empresas poderão fazer em favor de seus empregados um seguro de vida em grupo, tendo como beneficiário aqueles legalmente identificados junto ao INSS.

Deverão ser observadas as seguintes coberturas mínimas:

a) R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais) de indenização por morte ou invalidez permanente, total ou parcial, do empregado (a) causada por acidente, independente do local ocorrido;

b) R\$ 2.025,00 (dois mil e vinte e cinco reais) para auxílio funeral.

CLÁUSULA 23ª - REAJUSTE SALARIAL 23.1. REPOSIÇÃO

SALARIAL

Considerando-se o intervalo entre 1º de julho de 2012 a 30 de junho 2013, com um período de apuração 12 (doze) meses, os salários de todos os trabalhadores serão reajustados, a partir de 1º de julho de 2013, com a aplicação do percentual correspondente à variação do Índice de Custo de Vida calculado pelo DIEESE (ICVDIEESE).

Parágrafo Único: Tendo em vista a vigência do Acordo Coletivo de Trabalho até 30 de junho de 2016, em 1º de julho de 2014, em 1º de julho de 2015, e em 1º de junho de 2016, AS EMPRESAS reajustarão os salários dos trabalhadores pelo Índice de Custo de Vida calculado pelo DIEESE (ICV-DIEESE) no período de 1º de julho de 2013 a 30 de junho de 2014, no período de 1º de julho de 2014 a 30 de junho de 2015, e de 1º de julho de 2015 a 30 de junho de 2016.

Justificativa: Defiro parcialmente as reivindicações e com adaptações. Conforme reconheceu em defesa (ID 88357), a Suscitada reputou devido e concedeu o reajuste salarial de 8,99%, que vem sendo praticado desde 01/05/2013, concordando também com a estipulação do piso salarial de R\$ 1.067,00 para os trabalhadores não qualificados e R\$ 1.298,00 para os trabalhadores qualificados.

Como restou patente que a empresa possui disponibilidade financeira para suportar os encargos decorrentes de tal majoração salarial, não há amparo legal para desconsiderar tais valores ante o princípio da irredutibilidade salarial, basilar do Direito do Trabalho.

Registro que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor do período de 1º de julho de 2012 a 30 de junho de 2013 corresponde a 6,97%, inferior, pois, ao que vem sendo praticado e reconhecido como devido pela suscitada, de sorte que a presente decisão não viola o disposto no caput do artigo 13 da Lei 10.192/2001 in verbis:

No acordo ou convenção e no dissídio, coletivos, é vedada a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços. Assim sendo, e considerando que a Suscitada já corrigiu os salários sob tais parâmetros em 01/05/2013, mantém-se o percentual e os valores já estabelecidos, facultando-se a compensação do reajuste pago em maio e junho de 2013, pois anterior à data base ora estipulada em 01/07/2013.

Redação final:

CLÁUSULA 23ª

REAJUSTE SALARIAL



Os salários de todos os trabalhadores serão reajustados em 1º de julho de 2013 em 8,99%. O percentual mencionado será aplicado sobre o salário vigente em 01/07/2012, compensando-se os reajustes antecipadamente concedidos em 01/05/2013.

23.2ª. AUMENTO REAL A EMPRESA reajustará os salários na forma da reivindicação acima com um percentual a título de aumento real referente o crescimento do PIB Nacional em 2012 para a recuperação do poder aquisitivo do trabalhador.

Justificativa: Indefiro a reivindicação em virtude de inexistência de negociação entre as partes. Ademais, o Suscitante não apontou os indicadores objetivos de lucratividade e/ou produtividade no período de 12 meses imediatamente anteriores à data-base, requisito necessário para a concessão do aumento real (PN 14 do Eg. TRT), descumprindo a exigência contida no § 2º do artigo 13 da Lei 10.192/2001, ao preconizar que “qualquer concessão de aumento salarial a título de produtividade deverá estar amparada em indicadores objetivos”. Além disso, não há precedente normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 24ª. PISO SALARIAL Considerando a importância dos pisos salariais para a manutenção da renda do trabalhador e estabelecimento de critérios equânimes e transparentes no mercado de trabalho, benéficos para os trabalhadores, serão aplicados os seguintes pisos salariais abaixo para empregados que cumprem jornadas de 8 ou 6 horas diárias. I - Auxiliar de Serviços Gerais - R\$ 1.352,12 II - Demais cargos - R\$ 1.441,36

Parágrafo Único: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1 e 24.2 da cláusula 24ª.

Justificativa: Não houve negociação coletiva entre as partes e a reclamada impugnou a cláusula em destaque, argumentando que “tal cláusula é insusceptível de estabelecimento por meio de sentença normativa, dependendo de negociação entre as partes, nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição Federal, que interfere indevidamente no Poder de Gestão. Direção e Organização da Empresa, contrariando os artigos 170, da

Constituição Federal e art. 2º e 3º da CLT”. Assim sendo, e como reconheceu que concorda e já vem observando os pisos normativos de R\$ 1.067,00 para os trabalhadores não qualificados e R\$ 1.298,00 para os trabalhadores qualificados, defiro a reivindicação com adaptações (PN 58 deste Eg. TRT).

Redação final:

CLÁUSULA 24ª.

PISO SALARIAL

Considerando a importância dos pisos salariais para a manutenção da renda do trabalhador e estabelecimento de critérios equânimes e transparentes no mercado de trabalho, serão aplicados os seguintes pisos salariais: R\$ 1.067,00 para os trabalhadores não qualificados e R\$ 1.298,00 para os trabalhadores qualificados.

CLÁUSULA 25ª .PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS A EMPRESA

discutirá com o sindicato um programa de Participação nos Lucros e Resultados (PLR), nos termos da Lei n.º 10.101/00, os anos de 2013, 2014, 2015 e 2016. Para tanto, as partes discutirão as condições da PLR em negociação coletiva separada da data-base, que terá as seguintes premissas: a) Negociação entre EMPRESA e SINDICATO, envolvendo trabalhadores da base; b) Transparência de informações; c) Indicadores compreensíveis e metas factíveis; d) Estabelecimento de “metas de contrapartida” de responsabilidade da EMPRESA, que dêem condições para que as metas dos trabalhadores sejam atingidas; e) Valor distribuído diretamente relacionado com a melhora na qualidade do serviço e com a melhora dos indicadores econômicos da EMPRESA; f) Valor igual para todos os trabalhadores;

Justificativa: Conforme admitiu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

CLÁUSULA 25ª .

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

A empresa promoverá, no prazo de 90 dias a contar da publicação desta Sentença normativa, os meios necessários à efetiva implementação do sistema de Participação dos Empregados nos Lucros e/ou Resultados do exercício de 2013, nos termos da legislação vigente, dando início ao processo de negociação com a participação do sindicato laboral.

CLÁUSULA 26ª. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS A EMPRESA negociará e implementará com o Sindicato um Plano de Cargos e Salários aos seus trabalhadores e aplicará uma verba mínima anual de 5 % (cinco por cento) da folha de salários para promoções por mérito e antiguidade, alternadamente.

Justificativa: Conforme admitiu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações

Redação final:

CLÁUSULA 26ª

Promoções



Todas as promoções concedidas deverão ser sempre acompanhadas de aumento salarial, devendo a empresa proceder às anotações correspondentes na CTPS do empregado beneficiado.

CLÁUSULA 27ª.

APRENDIZ - SENAI O Piso salarial para o aprendiz será o salário mínimo federal/hora, vale alimentação de R\$ 250,00 reais por mês, AMH-basico e Vale

Transporte. PARÁGRAFO Único: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1e 24.2 da cláusula 24ª.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 28ª. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE A EMPRESA efetuará o pagamento integral do adicional de periculosidade a todos os empregados que exerçam suas atividades em áreas de risco e seu cálculo será efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido, estando a matéria disciplinada expressamente por preceito de lei.

CLÁUSULA 29ª. HORAS-EXTRAS A EMPRESA efetuará o pagamento das horas-extras com 50% de acréscimo sobre a hora normal e nos domingos e feriados com 100% sobre a hora normal. A base de calculo para este fim será no divisor 200 horas.

Paragrafo Único: Esta CLÁUSULA não prejudicará direitos que foram ou, por ventura, venham a ser reconhecidos, em ação judicial em andamento, que tenham por objeto o divisor de horas.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, trata-se de matéria disciplinada expressamente por preceito de lei.

CLÁUSULA 30ª . AUXÍLIO REFEIÇÃO

A partir de 1º de julho de 2013, a EMPRESA concederá um vale-refeição com valor mensal de R\$ 535,00. A EMPRESA garantirá um crédito mensal, nos 12 (doze) meses do ano, de forma eletrônica, nos cartões magnéticos dos empregados, que será creditado no dia 20 (vinte) do mês que antecede ao mês de referência do vale-refeição.

Parágrafo 1º: O empregado poderá optar em receber o valor líquido total ou parcial a que tem direito a título de Vale Refeição em Vale Alimentação.

Parágrafo 2º: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1e 24.2 da cláusula 24ª.

CLÁUSULA 31ª . AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO A partir de 1º de julho de 2013, a EMPRESA concederá um Vale-Alimentação com valor mensal de R\$ 166,29

Parágrafo 1º: O empregado poderá optar em receber o valor líquido a que tem direito a título de Vale Alimentação em Vale Refeição. Parágrafo 2º: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1 e 24.2 da cláusula 24ª.

Justificativa: Conforme admitiu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão destes benefícios, embora sob outros parâmetros, aglutinados em uma única cláusula. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

Redação final:

CLÁUSULA 30ª .

AUXÍLIO REFEIÇÃO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO

Fica a empresa obrigada a fornecer alimentação subsidiada a seus empregados, que consistirá no fornecimento de almoço completo no local de trabalho, sendo que o empregado alojado em obra terá direito também ao jantar completo subsidiado. Poderá ser substituída pela concessão:

de tíquete refeição no valor de R\$ 18,00 cada,;

CESTA BÁSICA, de pelo menos 36 (trinta e seis) quilos,

contendo os seguintes itens:

13 (treze) quilos de arroz

04 (quatro) quilos de feijão

05 (cinco) latas de óleo de soja

05 (cinco) pacotes de macarrão com ovos (500 gramas)

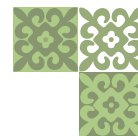
04 (quatro) quilos de açúcar refinado

02 (dois) pacotes de café torrado e moído (500 gramas)

01 (um) quilo de sal refinado

02 (duas) latas de massa de tomate de (140 gramas)

02 (dois) pacotes de farinha de mandioca crua (500 gramas)



01 (um) quilo de farinha de trigo

01 (um) pacote de fubá mimoso (500 gramas)

01 (um) quilo de charque (Jack-beef) em pacotes a vácuo (500 gramas)

02 (duas) latas de sardinha em conserva (135 gramas)

02 (duas) latas de salsicha tipo Viena (180 gramas)

01 (um) pacote de tempero completo (200 gramas)

04 (quatro) pacotes de biscoito sendo 2 doces / 2 salgados (140 gramas)

01 (uma) lata de goiabada (700 gramas)

b.1) Caso algum dos produtos presente-se temporariamente indisponível para fornecimento, em face de proibição ou impossibilidade de abastecimento, poderá ser substituído por produto equivalente no mesmo peso ou quantidade indicada.

b.2) A entrega da cesta deverá ser feita na residência do trabalhador até o dia 10 (dez) de cada mês; ou

c) VALE SUPERMERCADO/TICKET SUPERMERCADO/CHEQUE

SUPERMERCADO, por meio de cartão magnético, equivalente a uma cesta básica, que após estudos realizados por ambas as partes, levando em consideração as necessidades de alimentação do trabalhador e de sua família, foi fixado no valor mensal de R\$ 200,00 (duzentos reais).

O empregado receberá tantos tíquetes refeição quantos forem os dias de trabalho efetivo no mês.

Parágrafo primeiro: As empresas subsidiarão o fornecimento de REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO nas hipóteses acima, no mínimo, de 95% (noventa e cinco por cento do respectivo valor.

Parágrafo segundo: o fornecimento em qualquer das modalidades anteriores não terá natureza salarial, nem se integrará na remuneração do empregado, nos termos da Lei n.º 6.321/76, de 14 de abril de 1976 e de seu Regulamento n.º 78.676, de 8 de novembro de 1976.

CLÁUSULA 32ª. AUXÍLIO CRECHE

A partir de 1º de julho, a EMPRESA concederá a todos os trabalhadores o valor de Auxílio Creche de R\$ 376,81.

Parágrafo Primeiro: A EMPRESA concederá a todos os seus trabalhadores, sem distinção de sexo, com filhos de 0 a 7 (sete) anos de vida da criança.

Parágrafo Segundo: A EMPRESA estenderá este benefício aos trabalhadores que comprovadamente tenham filhos com necessidades especiais que exijam cuidados permanentes, ou pessoas nessas mesmas condições que vivam sob sua dependência mediante tutela ou curatela, sem limite de idade, com valor limitado ao definido no “caput” dessa cláusula.

Parágrafo Terceiro: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1 e 24.2 da cláusula 24ª.

Justificativa: Conforme reconheceu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações, adequando-a aos Precedentes

Normativos 15 deste Eg. TRT e 22 do C. TST.

Redação final:

CLÁUSULA 32ª.

AUXÍLIO CRECHE

As empresas onde trabalharem pelo menos 30 (trinta) empregadas com mais de 16 (dezesseis) anos de idade, e que não possuam creche própria, poderão optar entre celebrar o convênio previsto no parágrafo 2º, do Artigo 389, da CLT, ou reembolsar diretamente à empregada as despesas comprovadamente havidas com a guarda, vigilância e assistência de filho legítimo ou legalmente adotado, em creche credenciada, de sua livre escolha, até o limite de 20% (vinte por cento), do PISO SALARIAL, conforme Cláusula 2, por mês, e, por filho (a) com idade de 0 (zero) até 6 (seis) meses. Na falta do comprovante supra mencionado, será pago diretamente à empregada valor fixo de 10% (dez por cento) do PISO SALARIAL, conforme Cláusula 2, por mês, por filho (a) com idade entre 0 (zero) e 6 (seis) meses.

A. O auxílio creche objeto desta cláusula não integrará para nenhum efeito o salário da empregada.

B. Estão excluídas do cumprimento desta cláusula as empresas que tiverem condições mais favoráveis.

CLÁUSULA 33ª. GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS A EMPRESA concederá a Gratificação de Férias, com a parte fixa no valor de R\$ 1.892,71, mantendo a parte variável de 40% (quarenta por cento) sobre o valor que resultar da diferença entre a remuneração fixa mensal do empregado e a parte fixa da Gratificação.



Parágrafo 1º: A Gratificação de Férias continuará limitada à remuneração fixa mensal do empregado, quando esta for inferior ao valor fixo da Gratificação.

Parágrafo 2º: Com a presente sistemática de Gratificação de Férias, a EMPRESA cumpre plenamente o disposto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal. Parágrafo 3º: a partir de 01/07/2013, o valor mencionado no parágrafo primeiro será corrigido conforme item 24.1 e 24.2 da cláusula 24ª.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, a matéria está disciplinada por lei e não há qualquer

Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 34ª. - FUNÇÃO ACESSÓRIA A EMPRESA concederá um adicional de função acessória no valor de R\$ 20,00 (quinze reais) por dia de exercício da função cumulativa aos trabalhadores que, além de suas atribuições profissionais, dirigem veículos.

Parágrafo 1º. - Quando o empregado exercer a função acessória de dirigir veículo por período igual ou inferior a 10 dias no mês, o pagamento será feito proporcionalmente aos dias, pelo valor estipulado por dia. Acima de dez dias, o pagamento será feito integralmente pelo valor estipulado por mês.

Parágrafo 2º. - O valor pago a título de função acessória integrará aos salários dos empregados para efeito de reflexos nas demais verbas, em especial nas férias acrescidas de 1/3, 13º salários, aviso prévio, FGTS e imposto de renda retido na fonte.

Parágrafo 3º. - Os valores de referência da função acessória serão reajustados na mesma época e pelos mesmos índices aplicados aos salários na EMPRESA.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 35ª. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E ODONTOLÓGICA

A EMPRESA concederá um plano de assistência médico-hospitalar e odontológica aos trabalhadores e seus dependentes, sem custo e/ou despesa para os trabalhadores.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 36ª. AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA E ACIDENTE DO TRABALHO

A EMPRESA manterá a complementação dos salários em seu valor líquido, em casos de afastamentos por auxílio-doença ou acidente do trabalho por um período de até 6 (seis) meses. A continuidade ou não da complementação após esse período dependerá de decisão da empresa, com base em laudo do médico do trabalho da própria empresa. Re-

ferida complementação não poderá ser superior a 24 (vinte e quatro) meses. A EMPRESA adotará como data de pagamento aos empregados em gozo desses benefícios previdenciários, todo o último dia útil do mês e efetuará um adiantamento salarial, correspondente a 35% (trinta e cinco por cento), no dia 12 (doze) de cada mês. A EMPRESA efetuará o pagamento da complementação do 13º Salário aos empregados em gozo desses benefícios previdenciários, proporcionalmente ao número de meses de afastamento. A EMPRESA efetuará o pagamento ou reembolso das despesas com órteses e próteses, decorrentes de acidentes do trabalho. A EMPRESA efetuará o pagamento de todas as despesas médico-hospitalares, terapêuticas e com medicamentos utilizados, se decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional.

Justificativa: Defiro apenas parcialmente, em conformidade com a Súmula 440 do C. TST.

Redação final.

CLÁUSULA 36ª.

AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA E ACIDENTE DO TRABALHO

A EMPRESA manterá o plano de saúde ou de assistência médica regularmente oferecido ao empregado nos casos de suspensão do contrato de trabalho decorrente de acidente do trabalho ou doença profissional.

CLÁUSULA 37ª. ADIANTAMENTO SALARIAL A EMPRESA efetuará o adiantamento de 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração fixa mensal dos empregados, com base no mês anterior, no dia 12 (doze) de cada mês.

Justificativa: Conforme reconheceu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

Redação final

CLÁUSULA 37ª.

Adiantamento salarial

A empresa concederá adiantamento salarial a seus empregados de, no mínimo, 40% do salário mensal nominal, a ser pago até o 15º dia após o 5º dia útil de cada mês, ressalvadas as condições mais favoráveis.

Ficam excluídos da abrangência desta cláusula os empregados que são remunerados semanalmente.



CLÁUSULA 38ª. POLÍTICA DE EMPREGO A EMPRESA não promoverá dispensas sem justa causa que não decorrerem do descumprimento de obrigações contratuais ou que não se fundarem em motivo disciplinar, previamente comprovado para o SINDICATO, em atenção à Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 39ª . ESTABILIDADE PRÉ- APOSENTADORIA

AS EMPRESAS reconhecem a estabilidade do trabalhador no período de até 36 meses que antecedem o tempo de serviço necessário para aquisição do direito de aposentadoria pelo INSS.

Parágrafo Único: Os trabalhadores que preencham as condições para se aposentar, caso não pretendam continuar em atividade, terão, mediante solicitação, seus contratos de trabalho rescindidos como se dispensados sem justa causa e ainda, uma indenização adicional calculada proporcionalmente ao tempo de serviço prestado na EMPRESA, que corresponderá a 1 (um) salário por ano trabalhado.

Justificativa: Defiro parcialmente a reivindicação e com adaptações, para adequá-la ao Precedente Normativo 48 deste Eg. TRT.

Redação final

CLÁUSULA 39ª.

ESTABILIDADE PRÉ- APOSENTADORIA

Aos empregados que prestem serviços há mais de 5 anos à EMPRESA ficam assegurados o emprego e o salário durante os 24 (vinte e quatro) meses que antecedem a data de aquisição do direito à aposentadoria voluntária ou por idade.

CLÁUSULA 40ª. SERVIÇOS EXTERNOS Nos casos de prestação de serviços externos, a EMPRESA arcará com todas as despesas necessárias, cujo valor deverá ser antecipado. Após realização das despesas deverá haver a prestação de contas pelo trabalhador, de acordo com as normas e procedimentos de cada EMPRESA.

Justificativa: Conforme reconheceu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora sob outros parâmetros. Destarte, considerando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

CLÁUSULA 40ª.

SERVIÇOS EXTERNOS

Nos casos de prestação de serviços externos, a empresa arcará com todas as despesas necessárias, cujo valor deverá ser antecipado.

Fica o empregado obrigado, após a conclusão dos serviços, à prestação de contas de acordo com as normas e procedimentos a serem estabelecidos pela empresa.

CLÁUSULA 41ª. RENOVAÇÃO CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH A CPFL efetuará os levantamentos necessários em até 60 dias e implantará uma política para renovação da carteira nacional de trabalho - CNH, em até 90 dias, após assinatura do acordo.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 42ª . ANTECIPAÇÃO DO 13º SALÁRIO A EMPRESA efetuará o pagamento da 1ª parcela do 13º salário na segunda quinzena do mês de janeiro de cada ano base, para todos os empregados. Com essa sistemática, não mais será paga por ocasião de recebimento de férias.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 43ª. INFORMAÇÕES AOS EMPREGADOS

A EMPRESA fornecerá declaração ao empregado, ou permitirá ao mesmo o acesso ao conjunto de dados e informações de sua ficha de registro de empregado, bem como dos assentamentos funcionais e avaliação de desempenho a ele relativo, desde que formalmente solicitado pelo interessado.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, pois em consonância com as disposições constitucionais relativas à garantia de acesso às informações pessoais e à transparência que deve nortear as relações jurídicas.

Redação final

CLÁUSULA 43ª.

INFORMAÇÕES AOS EMPREGADOS

A EMPRESA fornecerá declaração ao empregado das informações contidas em sua ficha de registro, bem como sobre os assentamentos funcionais e avaliação de desempenho a ele relativo, desde que formalmente solicitado pelo interessado.

CLÁUSULA 44ª. FÉRIAS Será permitida a marcação do início de gozo do período de férias para qualquer dia da semana. Será permitida a eliminação da carência de 20 (vinte) dias, após o término do período aquisitivo de férias, para fruição da mesma.



Parágrafo 1º: Ao empregado que tiver 30 (trinta) dias de férias, estas poderão ser concedidas em dois períodos, não inferiores a 10 dias.

Parágrafo 2º: Para os empregados com idade superior a 50 anos, a concessão das férias em dois períodos, nos termos do parágrafo primeiro, fica condicionada ao exclusivo interesse do empregado, expresso mediante requerimento prévio e escrito à empresa.

Justificativa: Tendo em vista que não houve negociação coletiva e a matéria está disciplinada por lei, defiro apenas em parte, com adaptações, para adequá-la aos

Precedentes Normativos 47 deste Eg. TRT e 100 do C. TST.

Redação final

CLÁUSULA 44ª.

FÉRIAS

O início da fruição das férias poderá ocorrer em qualquer dia da semana, desde que não recaia em sábados, domingos, feriados ou dia de compensação de repouso semanal.

CLÁUSULA 45ª. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE TRABALHO Ao empregado transferido do local de trabalho, em caráter definitivo, por interesse da EMPRESA, que necessitar transferir sua residência, será garantida: pagamento de 02 (duas) bases mensais, considerando um valor mínimo de R\$ 3.000,00 e valor Máximo de R\$ 14.000,00; ressarcimento das despesas com transporte, hospedagem e refeição, de acordo com os limites estabelecidos para viagens a serviço, durante o período de 60 (sessenta) dias; pagamento da mudança (transportadora); ressarcimento de matrícula, própria e/ou de seus dependentes, em cursos regulares de formação em instituições de ensino; fornecimento de fiança imobiliária, conforme norma interna.

Parágrafo primeiro: Ao empregado transferido do local de trabalho, em caráter definitivo e sem movimentação salarial, o valor estipulado na letra “a” do caput dessa CLÁUSULA, será majorado para o valor Máximo de R\$ 16.000,00.

Parágrafo segundo: Em caso de transferências definitivas do empregado, decorrentes de Recrutamento Interno, que necessitar transferir sua residência, será garantido: ressarcimento das despesas com transporte, hospedagem e refeição, de acordo com os limites estabelecidos para viagens a serviço, durante o período de 30 (trinta) dias; pagamento da mudança (transportadora); fornecimento de fiança imobiliária, conforme norma interna.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 46ª. LICENÇAS DIVERSAS

A EMPRESA concederá aos seus empregados as seguintes licenças: licença remunerada de 02 (dois) dias corridos, em caso de internação hospitalar do filho menor, dependente legal do empregado, bem como do cônjuge do empregado; licença remunerada de 05 (cinco) dias úteis, na hipótese de casamento do empregado; licença remunerada de 05 (cinco) dias úteis em caso de falecimento do cônjuge, ascendente ou descendente de primeiro grau do empregado; licença remunerada de 02 (dois) dias corridos em caso de falecimento de dependente legal reconhecido pela Previdência Social ou pela Fundação Cesp; licença remunerada de 01 (um) dia em caso de falecimento de irmãos, tios e sobrinhos; a bono de faltas ou atrasos do empregado para prestação de provas finais de períodos escolares, inclusive exames vestibulares e supletivos, que coincidam com o horário de expediente. 180 dias para a mulher adotante com crianças com até 2 anos de idade 180 dias para licença maternidade, incluindo os incentivos fiscais 180 dias para licença paternidade a contar da data de nascimento da criança, inclusive para os casos de adoção.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, a questão tratada n esta cláusula é objeto de preceito legal e não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 47ª. SUSPENSÃO DISCIPLINAR/DISPENSA POR JUSTA CAUSA

A EMPRESA deverá cientificar, por escrito, a o empregado, o motivo da dispensa, quando por justa causa, ou da suspensão disciplinar, gerando presunção de aplicação de penalidade injusta a falta desta comunicação.

Justificativa: Defiro parcialmente a reivindicação, com adaptação, para adequá-la ao Precedente Normativo 28 deste Eg. T RT.

Redação final

CLÁUSULA 47ª.

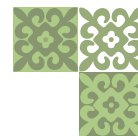
DISPENSA POR JUSTA CAUSA

A EMPRESA deverá cientificar, por escrito, ao empregado, o motivo determinante do despedimento por justa causa.

CLÁUSULA 48ª. SEMANA DE 05 DIAS A Empresa adota a semana de 5 dias do trabalho, exceto para os empregados que fazem escala de revezamento ou regimes especiais de trabalho.

Parágrafo único: As empresas poderão adotar o sistema alternativo de controle de jornada de trabalho, por meio de instalação de registro eletrônico de ponto, sistema manual ou outra modalidade de controle de jornada de trabalho.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.



CLÁUSULA 49ª. JORNADA DE TRABALHO

A EMPRESA reconhece para os seus empregados as seguintes Jornadas de Trabalhos:

I - Turno ininterrupto de revezamento de até 36 horas semanais, com base mensal de 180 horas.

II - Horário comercial de 40 horas semanais e base mensal de 200 horas; demais regime de trabalho, excetuado o descrito no inciso I e outros que eventualmente tenham horário reduzido (por lei ou contrato individual), a jornada medida semanal será de até

40 horas.

Parágrafo 1º: No prazo de 180 dias da assinatura do acordo, as jornadas de trabalho serão adequadas nos termos do item I e II acima por uma comissão constituída por 5 profissionais que trabalham nesse regime, com 4 representantes sindicais e 4 representantes da empresa.

Parágrafo 2º: Esta CLÁUSULA não implica em renúncia a processo judicial em andamento que tem por objetivo divisor de horas, jornada de trabalho e eventuais diferenças decorrentes dos mesmos.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, a questão está disciplinada por lei e não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 50ª. INDENIZAÇÃO ESPECIAL POR ACIDENTE NO TRABALHO

A EMPRESA efetuará o pagamento de uma indenização equivalente a 50 (cinquenta) salários brutos mensais no caso de morte ou invalidez total e permanente do empregado, resultantes exclusivamente de acidente do trabalho. O pagamento será feito ao próprio empregado ou a seus beneficiários legais.

Parágrafo Único - Os casos de invalidez total e permanente resultantes exclusivamente de acidente do trabalho referidos no “caput”, são os constantes da tabela da Fundação CESP abaixo:

TABELA DE INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE - FUNDAÇÃO CESP
Perda total da visão de ambos os olhos
Perda total do uso de ambos os membros superiores
Perda total do uso de ambos os membros inferiores
Perda total do uso de ambas as mãos
Perda total do uso de um membro superior e um membro inferior
Perda total do uso de uma das mãos e de um dos pés
Perda total do uso de ambos os pés
Alienação mental total e incurável

Justificativa: Conforme reconheceu em defesa (ID 88357), nos termos do documento colacionado, a suscitada reconhece como devida a concessão deste benefício, embora

sob outros parâmetros. Destarte, consid erando o princípio da proibição do retrocesso social, defiro a reivindicação com adaptações.

CLÁUSULA 50ª

INDENIZAÇÃO ESPECIAL POR ACIDENTE DE TRABALHO

Na ocorrência de morte ou invalidez permanente em decorrência de acidente de trabalho, a empresa deverá pagar aos beneficiários legalmente identificados perante o INSS uma indenização mínima de R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais).

Fica isenta do pagamento da indenização a empresa que mantém seguro de vida em grupo para os seus empregados.

CLÁUSULA 51ª. COMISSÃO PARITÁRIA - SEGURANÇA, SAÚDE E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO A EMPRESA, sob sua coordenação, manterá o Grupo de Trabalho formado por um representante titular e um suplente do conjunto das Entidades Sindicais e, por representantes da Empresa, que tem por objetivo Diálogo Social, propor discussões de itens de interesses das partes, Segurança, Saúde e Qualidade de Vida. A Comissão reunir-se-á, bimestralmente, com pauta previamente estabelecida.

Parágrafo 1º: Durante a vigência do presente Acordo, a Comissão de que trata esta cláusula poderá realizar campanhas relativas a saúde e segurança, avaliação dos EPIs e EPCs, e condições de sinalização em locais de trabalho em vias públicas, para prevenção de acidentes, em conjunto com a Empresa.

Parágrafo 2º: As viagens que se fizerem necessárias para cumprimento dos objetivos da Comissão, terão as despesas correspondentes reembolsadas, conforme norma específica em vigor.

Parágrafo 3º: A EMPRESA dará continuidade à política de qualidade de vida, que é muito bem definida e atuante, com o desenvolvimento de campanhas e práticas em todas as suas unidades de trabalho.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 52ª

Proposta original:

SEGURANÇA NO TRABALHO E SAÚDE OCUPACIONAL. A EMPRESA fornecerá, mensalmente, ao SINDICATO, cópia das atas de reuniões das CIPAs, bem como comunicará, com no mínimo 90 (noventa) dias de antecedência, a data de abertura de inscrições de candidaturas às eleições das CIPAs. Após a apuração das eleições, fornecerá ao SINDICATO a relação dos eleitos e o respectivo órgão de lotação, no prazo de 15 (quinze) dias; em caso de acidente fatal ou grave de empregados, a EMPRESA comunicará



ao SINDICATO em 24 (vinte e quatro) horas, o nome do acidentado, seu órgão de lotação e local do acidente; a EMPRESA fornecerá cópia dos Comunicados do Acidente de Trabalho - CAT ao SINDICATO, conforme o artigo 142, parágrafo 1º, do Decreto 357, de 07/12/91, sempre que seus empregados estiverem envolvidos; na análise das causas de acidentes graves com afastamento, poderá haver a participação de um representante indicado pelo SINDICATO; a

EMPRESA se dispõe a receber e analisar sugestões do SINDICATO sobre suas Políticas e Diretrizes de Segurança no Trabalho e Saúde Ocupacional.

Justificativa apresentada pela relatora de sorteio: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação e entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

Divergência:

Trata-se de mera obrigatoriedade de comunicar ao sindicato os atos relativos à CIPA e aos acidentes de trabalho. Não se está impondo qualquer despesa ou ingerência, mas comunicação ao sindicato dos atos relativos à CIPA e dos acidentes de trabalho, o que não implica em despesas para a suscitada e está respaldado na previsão inserta no item 1.7 da NR-1 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego e nos artigos 29 a 32 da Lei Estadual 10.083/88

A divergência, de acolhimento integral da cláusula 52ª, prevaleceu por maioria, ficando mantida nos termos em que proposta.

CLÁUSULA 52ª.

SEGURANÇA NO TRABALHO E SAÚDE OCUPACIONAL

A EMPRESA fornecerá, mensalmente, ao SINDICATO, cópia das atas de reuniões das CIPAs, bem como comunicará, com no mínimo 90 (noventa) dias de antecedência, a data de abertura de inscrições de candidaturas às eleições das CIPAs. Após a apuração das eleições, fornecerá ao SINDICATO a relação dos eleitos e o respectivo órgão de lotação, no prazo de 15 (quinze) dias; em caso de acidente fatal ou grave de empregados, a

EMPRESA comunicará ao SINDICATO em 24 (vinte e quatro) horas, o nome do acidentado, seu órgão de lotação e local do acidente; a EMPRESA fornecerá cópia dos Comunicados do Acidente de Trabalho - CAT ao SINDICATO, conforme o artigo 142, parágrafo 1º, do Decreto 357, de 07/12/91, sempre que seus empregados estiverem envolvidos; na análise das causas de acidentes graves com afastamento, poderá haver a participação de um representante indicado pelo SINDICATO; a EMPRESA se dispõe a receber e analisar sugestões do

SINDICATO sobre suas Políticas e Diretrizes de Segurança no Trabalho e Saúde Ocupacional.

CLÁUSULA 53ª

CONSELHO DE ATUALIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PROFISSIONAL

A EMPRESA manterá um Conselho de Atualização e aperfeiçoamento Profissional, composto por representantes da EMPRESA e do SINDICATO, com a atribuição de analisar e validar conjuntamente os planos semestrais de atualização e aperfeiçoamento profissional, subsidiados pela verba de 1% (um por cento) da folha de pagamento do salário-base. A representação do SINDICATO será exercida por um profissional da categoria, empregado da EMPRESA, indicado pelo SINDICATO.

Parágrafo primeiro: O Conselho analisará e validará as prioridades sob a ótica de atualização e aperfeiçoamento profissional, entendida como necessidade de acréscimo aos conhecimentos já exigidos de cada empregado para o desempenho das funções que vêm exercendo, de maneira que se preparem para as mudanças das tecnologias e formas de produção que já dominam para o desempenho de suas funções. Será também atribuição do Conselho a análise e validação de programas de reconversão profissional, decorrentes de impactos de mudanças tecnológicas e/ou reestruturação organizacional.

Parágrafo segundo: As verbas destinadas ao cumprimento desta cláusula deverão ser relacionadas exclusivamente para a atualização e aperfeiçoamento profissional, como definido acima, não incluindo atividades de treinamento normalmente desenvolvidas pela Empresa, bem como as referidas na cláusula de Política de Emprego.

Parágrafo terceiro: Por atividades de atualização e aperfeiçoamento profissional entende-se principalmente cursos, podendo no entanto eventualmente ser incluídos também palestras, seminários, debates e estágios.

Parágrafo quarto: Os cursos poderão ser de curta (até 40 horas aula), média (entre 40 e 120 horas aula) e longa (acima de 120 horas aula) duração.

Parágrafo quinto: Como o nível de escolaridade mínima exigido pela EMPRESA é o segundo grau completo, esse Programa possibilitará também a adequação dos níveis de escolaridade dos empregados, que eventualmente não tenham o patamar mínimo da empresa, cuja ajuda de custo deverá contemplar, ainda que parcialmente, o fornecimento de material escolar, transporte, uniforme e mensalidade.

Parágrafo sexto: Planos e relatório de atividades deverão ser apresentados semestralmente pela Empresa ao Conselho.

Parágrafo sétimo: Os relatórios referidos acima deverão ser a consolidação de relatórios parciais bimestrais apresentados ao Conselho em reuniões específicas para este fim, também bimestrais, nos meses de janeiro, março, julho, setembro, e novembro de cada ano.

Parágrafo oitavo: Critérios de seleção para as atividades de atualização e aperfeiçoamento profissional deverão ser estabelecidos de maneira a evitar favorecimentos inde-



vidos e universalizar oportunidades, contemplando os níveis de escolaridade e educação formal compreendidos no quadro funcional da empresa. Estes critérios devem ser estabelecidos e aplicados pelas instituições responsáveis pela condução das atividades de atualização e aperfeiçoamento profissional.

Parágrafo nono: Os seguintes indicadores serão obrigatórios em todos os planos e relatórios apresentados pela empresa em relação à utilização da verba prevista no “caput” da cláusula: Montante total gasto no período, inclusive o relativo à aplicação da verba prevista na cláusula 6; Especificação de atividades, incluindo custo, carga horária total, carga horária por disciplina, número de alunos por curso, instituições contratadas ou a contratar para ministrar as atividades, experiência prévia destas instituições; Áreas contempladas; Custos das atividades de atualização e aperfeiçoamento profissional por empregado em cada área; A Empresa disponibilizará mensalmente para o Conselho os relatórios de informações gerenciais de Treinamento. Mediante solicitação com antecedência de 48 horas, a EMPRESA cederá local para a realização de reuniões do representante mencionado no caput desta cláusula e empregados da categoria representada pelo SINDICATO. De maneira a permitir o exercício de suas funções, a EMPRESA dispensará de seus serviços o representante mencionado no “caput” desta cláusula pelo período de 08 horas mensais.

Parágrafo décimo: Mediante solicitação com antecedência de 48 horas, a EMPRESA cederá local para a realização de reuniões do representante mencionado no caput desta CLÁUSULA e empregados da categoria representada pelo SINDICATO.

Parágrafo décimo primeiro: De maneira a permitir o exercício de suas funções, a EMPRESA dispensará de seus serviços o representante mencionado no caput desta CLÁUSULA pelo período de 8 horas mensais.

Parágrafo décimo segundo: a possível verba remanescente de um exercício civil será acumulada para ser utilizada o ano civil subsequente. Em nenhuma hipótese será permitida a acumulação de verba remanescente e por mais de 12 meses.

Justificativa: Indefiro a reivindicação, em virtude da inexistência de negociação entre as partes. Ademais, não há qualquer Precedente Normativo que ampare o pedido.

CLÁUSULA 54ª. - DIÁLOGO SOCIAL

A EMPRESA se compromete a estimular o diálogo social como forma de fortalecer a democracia e a negociação entre representantes de trabalhadores e empregados, e que respeitem e reconheçam os direitos estabelecidos na legislação e nos acordos coletivos vigentes.

Justificativa: Defiro a reivindicação, com adaptações, por não contrariar a legislação vigente e por se tratar de cláusula social que estimula e valoriza a negociação coletiva.

Redação final:

CLÁUSULA 54ª

DIÁLOGO SOCIAL

A EMPRESA se compromete a estimular o diálogo social como forma de fortalecer a democracia e a negociação entre representantes de empregadores e trabalhadores, e de respeito e reconhecimento aos direitos estabelecidos na legislação e nos instrumentos normativos vigentes.

4. Da redação final.

Analisando os termos supratranscritos verifica-se que, excluindo as ressalvas consignadas, não há nada que atente à ordem pública e aos Precedentes

Normativos do C. TST e deste E. TRT. Deste modo, passo a transcrever a redação final, com as adequações de numeração das cláusulas, nos seguintes termos:

CLÁUSULA 1ª

DATA-BASE

A data-base da categoria é fixada em 1º de julho.

CLÁUSULA 2ª

VIGÊNCIA E ABRANGÊNCIA

A decisão normativa abrangerá todos os empregados da empresa suscitada e vigorará a partir de 01/07/13, pelo prazo legal ou até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação expressa ou tácita.

CLÁUSULA 3ª.

UNIFORMIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A EMPRESA manterá as mesmas condições de trabalho que laboram no mesmo local dos trabalhadores da empresa tomadora de serviços.

CLÁUSULA 4ª

DIRIGENTE SINDICAL - ACESSO AO LOCAL DE TRABALHO

A EMPRESA permitirá o acesso dos dirigentes do sindicato aos locais de trabalho, nos intervalos destinados a alimentação e descanso, para desempenho de suas funções, vedada a divulgação de matéria político-partidária ou ofensiva.

CLÁUSULA 5ª.

COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTISSINDICAIS



Considerando a necessidade de que haja um bom relacionamento entre EMPRESA e SINDICATO, as práticas preconizadas pela Organização Internacional do Trabalho sob tal aspecto e, por fim, a missão da EMPRESA quanto à valorização do trabalho, fica assegurado que:

a) Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego.

b) Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que vise m: sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie ou deixe de ser membro de um sindicato; causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora da jornada de trabalho ou, com o consentimento da empresa, durante o horário de trabalho.

CLÁUSULA 6ª

CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/ NEGOCIAL

A EMPRESA procederá ao desconto em folha de pagamento, exclusivamente dos empregados associados do Sindicato, da contribuição assistencial/ confederativa/ taxa negocial, desde que observadas as seguintes condições:

a) Apresentação pelo SINDICATO do edital de convocação de assembleia, do qual deverá constar especificamente a discussão do item contribuição assistencial / confederativa / taxa negocial, direito de oposição pelos que discordarem e como será exercido.

b) Remessa à EMPRESA da ata da qual conste a aprovação do desconto, a importância a ser descontada de cada associado ao sindicato e a forma de exercer a oposição no prazo de até 15 dias, contados da assinatura da respectiva ata.

c) Remessa à EMPRESA da relação dos associados que discordarem deste desconto, no prazo de 15 dias contados da apresentação da oposição.

d) Desde que observados os prazos suprarreferidos, o desconto previsto nesta cláusula será efetuado no mês de setembro e repassado ao SINDICATO até o 5º dia útil do mês subsequente ao desconto.

e) O Sindicato assume integralmente a responsabilidade pela fidelidade das informações fornecidas nos termos acima, bem como, por qualquer pendência judicial ou extrajudicial, suscitada por empregado, órgãos, instituições ou entes governamentais, decorrentes do cumprimento desta cláusula.

CLÁUSULA 7ª

DIRIGENTE SINDICAL

A EMPRESA concederá licença remunerada aos dirigentes do sindicato, para participar de assembleias e reuniões sindicais devidamente convocadas e comprovadas.

CLÁUSULA 8ª

IMPEDIMENTO À DISCRIMINAÇÃO

A EMPRESA cumprirá integralmente a Convenção n.º 111 da

Organização Internacional do Trabalho (OIT), que veda a discriminação em matéria de emprego e profissão.

CLÁUSULA 9ª

ASSÉDIO SEXUAL E MORAL

A EMPRESA, em respeito à dignidade da pessoa humana, orientará os seus trabalhadores, gerentes e gestores, a través de Instruções normativas, objetivando neutralizar práticas de assédio sexual e assédio moral.

Parágrafo Único: A EMPRESA se compromete a realizar palestras, cursos e campanhas sobre o tema.

CLÁUSULA 10ª

REMUNERAÇÃO DO READAPTADO.

A EMPRESA complementarará a remuneração do trabalhador readaptado em decorrência de acidente de trabalho ou por doença profissional, sempre que houver supressão de vantagens ou adicionais, tendo como base a remuneração e benefícios percebidos no dia do afastamento.

CLÁUSULA 11ª

DIREITO DE RECUSA

Quando o trabalhador, no exercício de sua função, entender que a vida ou integridade física, sua e/ou de seus colegas de trabalho, encontra-se em risco grave e iminente pela ausência de medidas adequadas de proteção no posto de trabalho, poderá suspender a realização da respectiva operação, comunicando imediatamente tal fato ao seu superior hierárquico e, na ausência deste, ao Órgão de Segurança da EMPRESA, que após analisar a situação, manterá ou não a suspensão da operação, até que venha ser normalizada a referida situação.

Parágrafo Único: A CIPA será informada da ocorrência e do resultado do processo de análise.

CLÁUSULA 12ª



ABONO DE FALTAS AO ESTUDANTE

A EMPRESA abonará as faltas do trabalhador estudante nos dias de provas em estabelecimento de ensino oficial, autorizado ou reconhecido, desde que o empregador seja pré-avisado com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, e o motivo justificador da ausência seja posteriormente comprovado.

CLÁUSULA 13ª.

ESTÁGIOS

A EMPRESA se compromete a cumprir a legislação em vigor, destinando os estagiários para atividades de caráter complementar aos estudos, ficando vedada a ocupação de cargos e funções correspondentes aos trabalhadores de quadro próprio, sob pena de caracterização do vínculo trabalhista.

CLÁUSULA 14ª.

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES

Ressalvadas as situações mais favoráveis, as empresas poderão fazer em favor de seus empregados um seguro de vida em grupo, tendo como beneficiário aqueles legalmente identificados junto ao INSS.

Deverão ser observadas as seguintes coberturas mínimas:

a) R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais) de indenização por morte ou invalidez permanente, total ou parcial, do empregado (a) causada por acidente, independente do local ocorrido;

b) R\$ 2.025,00 (dois mil e vinte e cinco reais) para auxílio funeral.

CLÁUSULA 15ª

REAJUSTE SALARIAL

Os salários de todos os trabalhadores serão reajustados em 1º de julho de 2013 em 8,99%. O percentual mencionado será aplicado sobre o salário vigente em 01/07/2012, compensando-se os reajustes antecipadamente concedidos em 01/05/2013.

CLÁUSULA 16ª

PISO SALARIAL

Considerando a importância dos pisos salariais para a manutenção da renda do trabalhador e estabelecimento de critérios equânimes e transparentes no mercado de trabalho, serão aplicados os seguintes pisos salariais: R\$ 1.067,00 para os trabalhadores não qualificados e R\$ 1.298,00 para os trabalhadores qualificados.

CLÁUSULA 17ª

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

A EMPRESA promoverá, no prazo de 90 dias a contar da publicação desta Sentença normativa, os meios necessários à efetiva implementação do sistema de Participação dos Empregados nos Lucros e/ou Resultados do exercício de 2013, nos termos da legislação vigente, dando início ao processo de negociação com a participação do sindicato laboral.

CLÁUSULA 18ª

PROMOÇÕES

Todas as promoções concedidas deverão ser sempre acompanhadas de aumento salarial, devendo a empresa proceder às anotações correspondentes na CTPS do empregado beneficiado.

CLÁUSULA 19ª .

AUXÍLIO REFEIÇÃO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO

Fica a empresa obrigada a fornecer alimentação subsidiada a seus empregados, que consistirá no fornecimento de almoço completo no local de trabalho, sendo que o empregado alojado em obra terá direito também ao jantar completo subsidiado. Poderá ser substituída pela concessão:

b) de tíquete refeição no valor de R\$ 18,00 cada,;

b) CESTA BÁSICA, de pelo menos 36 (trinta e seis) quilos, contendo os seguintes itens:

13 (treze) quilos de arroz

04 (quatro) quilos de feijão

05 (cinco) latas de óleo de soja

05 (cinco) pacotes de macarrão com ovos (500 gramas)

04 (quatro) quilos de açúcar refinado

02 (dois) pacotes de café torrado e moído (500 gramas)

01 (um) quilo de sal refinado

02 (duas) latas de massa de tomate de (140 gramas)

02 (dois) pacotes de farinha de mandioca crua (500 gramas)



- 01 (um) quilo de farinha de trigo
- 01 (um) pacote de fubá mimoso (500 gramas)
- 01 (um) quilo de charque (Jack-beef) em pacotes a vácuo (500 gramas)
- 02 (duas) latas de sardinha em conserva (135 gramas)
- 02 (duas) latas de salsicha tipo Viena (180 gramas)
- 01 (um) pacote de tempero completo (200 gramas)
- 04 (quatro) pacotes de biscoito sendo 2 doces / 2 salgados (140 gramas)
- 01 (uma) lata de goiabada (700 gramas)

b.1) Caso algum dos produtos apresente-se temporariamente indisponível para fornecimento, em face de proibição ou impossibilidade de abastecimento, poderá ser substituído por produto equivalente no mesmo peso ou quantidade indicada.

b.2) A entrega da cesta deverá ser feita na residência do trabalhador até o dia 10 (dez) de cada mês; ou

c) VALE SUPERMERCADO/TICKET SUPERMERCADO/CHEQUE SUPERMERCADO, por meio de cartão magnético, equivalente a uma cesta básica, que após estudos realizados por ambas as partes, levando em consideração as necessidades de alimentação do trabalhador e de sua família, foi fixado no valor mensal de R\$ 200,00 (duzentos reais).

O empregado receberá tantos tíquetes refeição quantos forem os dias de trabalho efetivo no mês.

Parágrafo primeiro: As empresas subsidiarão o fornecimento de REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO nas hipóteses acima, no mínimo, de 95% (noventa e cinco por cento) do respectivo valor.

Parágrafo segundo: o fornecimento em qualquer das modalidades anteriores não terá natureza salarial, nem se integrará na remuneração do empregado, nos termos da Lei n.º 6.321/76, de 14 de abril de 1976 e de seu Regulamento n.º 78.676, de 8 de novembro de 1976.

CLÁUSULA 20ª

AUXÍLIO CRECHE

As empresas onde trabalharem pelo menos 30 (trinta) empregadas com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, e que não possuam creche própria, poderão optar entre celebrar o convênio previsto no parágrafo 2º, do Artigo 389, da CLT, ou reembolsar diretamente à empregada as despesas comprovadamente havidas com a guarda, vigilância e assistência de filho legítimo ou legalmente adotado, em creche credenciada, de sua livre escolha, até o limite de 20% (vinte por cento), do PISO SALARIAL, conforme Cláusula 2, por mês, e, por filho (a) com idade de 0 (zero) até 6 (seis) meses. Na falta do comprovante supra mencionado, será pago diretamente à empregada valor fixo de 10% (dez por cento) do PISO

SALARIAL, conforme Cláusula 2, por mês, por filho (a) com idade entre 0 (zero) e 6 (seis) meses.

A. O auxílio creche objeto desta cláusula não integrará para nenhum efeito o salário da empregada.

B. Estão excluídas do cumprimento desta cláusula as empresas que tiverem condições mais favoráveis.

CLÁUSULA 21ª

AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA E ACIDENTE DO TRABALHO - PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA

A EMPRESA manterá o plano de saúde ou de assistência médica regularmente oferecido ao empregado nos casos de suspensão do contrato de trabalho decorrente de acidente do trabalho ou doença profissional.

CLÁUSULA 22ª

ADIANTAMENTO SALARIAL

A empresa concederá adiantamento salarial a seus empregados de, no mínimo, 40% do salário mensal nominal, a ser pago até o 15º dia após o 5º dia útil de cada mês, ressalvadas as condições mais favoráveis.

Ficam excluídos da abrangência desta cláusula os empregados que são remunerados semanalmente.

CLÁUSULA 23ª

ESTABILIDADE PRÉ- APOSENTADORIA

Aos empregados que prestem serviços há mais de 5 anos à EMPRESA ficam assegurados o emprego e o salário durante os 24 (vinte e quatro) meses que antecedem a data de aquisição do direito à aposentadoria voluntária ou por idade.

CLÁUSULA 24ª.



SERVIÇOS EXTERNOS

Nos casos de prestação de serviços externos, a empresa arcará com todas as despesas necessárias, cujo valor deverá ser antecipado.

Fica o empregado obrigado, após a conclusão dos serviços, à prestação de contas de acordo com as normas e procedimentos a serem estabelecidos pela empresa.

CLÁUSULA 25ª.

INFORMAÇÕES AOS EMPREGADOS

A EMPRESA fornecerá declaração ao empregado das informações contidas em sua ficha de registro, bem como sobre os assentamentos funcionais e avaliação de desempenho a ele relativo, desde que formalmente solicitado pelo interessado.

CLÁUSULA 26ª.

FÉRIAS

O início da fruição das férias poderá ocorrer em qualquer dia da semana, desde que não recaia em sábados, domingos, feriados ou dia de compensação de repouso semanal.

CLÁUSULA 27ª.

DISPENSA POR JUSTA CAUSA

A EMPRESA deverá justificar, por escrito, ao empregado, o motivo determinante do despedimento por justa causa.

CLÁUSULA 28ª

INDENIZAÇÃO ESPECIAL POR ACIDENTE DE TRABALHO

Na ocorrência de morte ou invalidez permanente em decorrência de acidente de trabalho, a empresa deverá pagar aos beneficiários legalmente identificados perante o INSS uma indenização mínima de R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais).

Fica isenta do pagamento da indenização a empresa que mantém seguro de vida em grupo para os seus empregados.

CLÁUSULA 29ª

SEGURANÇA NO TRABALHO E SAÚDE OCUPACIONAL

A EMPRESA fornecerá, mensalmente, ao SINDICATO, cópia das atas de reuniões das CIPAs, bem como comunicará, com no mínimo 90 (noventa) dias de antecedência, a data de abertura de inscrições de candidaturas às eleições das CIPAs. Após a apuração das

eleições, fornecerá ao SINDICATO a relação dos eleitos e o respectivo órgão de lotação, no prazo de 15 (quinze) dias; em caso de acidente fatal ou grave de empregados, a EMPRESA comunicará ao SINDICATO em 24 (vinte e quatro) horas, o nome do acidentado, seu órgão de lotação e local do acidente; a EMPRESA fornecerá cópia dos Comunicados do

Acidente de Trabalho - CAT ao SINDICATO, conforme o artigo 142, parágrafo 1º, do Decreto 357, de 07/12/91, sempre que seus empregados estiverem envolvidos; na análise das causas de acidentes graves com afastamento, poderá haver a participação de um representante indicado pelo SINDICATO; a EMPRESA se dispõe a receber e analisar sugestões do SINDICATO sobre suas Políticas e Diretrizes de Segurança no Trabalho e Saúde Ocupacional.

CLÁUSULA 30ª

DIÁLOGO SOCIAL

A EMPRESA se compromete a estimular o diálogo social como forma de fortalecer a democracia e a negociação entre representantes de empregadores e trabalhadores, e de respeito e reconhecimento aos direitos estabelecidos na legislação e nos instrumentos normativos vigentes.

Dispositivo Acórdão

POR TAIS FUNDAMENTOS decido julgar improcedente a oposição apresentada pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DAS

CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, declarando de forma incidental a legitimidade do suscitante SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS para representar a categoria profissional, rejeitar as demais preliminares e julgar parcialmente procedente o dissídio coletivo ajuizado contra a suscitada CPFL SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS, INDÚSTRIA

E COMÉRCIO S.A., extinguindo o presente processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269 do CPC, tudo conforme fundamentação.

Quanto ao dissídio coletivo, fixo custas no importe de R\$ 2.000,00 pela suscitada, calculadas sobre R\$100.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

Em relação à oposição, fixo custas no importe de R\$ 20,00 pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 1.000,00.

SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS



Em sessão realizada em 12 de março de 2014 (4ª feira), a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região julgou o presente processo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Presidente Regimental da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Desembargador do Trabalho LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Magistrados:

Desembargador do Trabalho GERSON LACERDA PISTORI

Desembargadora do Trabalho ANA MARIA DE VASCONCELLOS

Desembargadora do Trabalho Relatora TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargador do Trabalho SAMUEL HUGO LIMA

Desembargador do Trabalho VALDEVIR ROBERTO ZANARDI

Juíza Titular de Vara do Trabalho ANTONIA SANT'ANA

Desembargador do Trabalho FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA

PEIXOTO GIORDANI

Desembargador do Trabalho JOÃO ALBERTO ALVES MACHADO

Desembargador do Trabalho HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR

Desembargador do Trabalho JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Desembargadores Flávio Allegretti de Campos Cooper e Maria Cristina Mattioli; em férias, os Exmos. Srs.

Desembargadores do Trabalho Henrique Damiano e Flavio Nunes Campos.

Convocada nos termos do Regimento Interno a Exma. Sra. Juíza

Titular de Vara do Trabalho, Antonia Sant'Ana (substituindo na cadeira do Exmo. Sr. Desembargador Antonio Francisco Montanagna, em férias).

Participaram da sessão para julgar processos de suas competências os Exmos. Srs. Juízes Titulares de Vara do Trabalho Luciane Storel da Silva, José Carlos Ábile, Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim, Adriene Sidnei de Moura David

Diamantino, Renato Henry Sant'Anna, e Oséas Pereira Lopes Junior.

Sustentaram, oralmente, pelo Oposto, a Dra. Gisele Glerean Boccato Guilhon, e, pela Terceira Interessada, a Dra. Priscila da Rocha Lago. O d. representante do Ministério Público do Trabalho manifestou-se pela rejeição da preliminar de suspensão do julgamento arguida da Tribuna pela advoga da da Terceira Interessada.

Acórdão

Resultado

Os Magistrados da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região ACORDAM, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a oposição apresentada pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DAS CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, declarando de forma incidental a legitimidade do suscitante SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS para representar a categoria profissional, rejeitar as demais preliminares e, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o dissídio coletivo ajuizado contra a suscitada CPFL SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A., extinguindo o presente processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269 do CPC, tudo conforme fundamentação; vencidos parcialmente os Exmos. Srs. Desembargadores do Trabalho Samuel

Hugo Lima, com relação às cláusulas 28ª e 29ª do pedido, João Alberto Alves Machado, com relação às cláusulas 28ª, 29ª e 45ª do pedido, e HelcioDantas lobo Junior, com relação à cláusula 52ª do pedido. Quanto ao dissídio coletivo, fixa-se custas no importe de R\$ 2.000,00 pela suscitada, calculadas sobre R\$100.000,00, valor ora arbitrado à condenação. Em relação à oposição, fixa-se custas no importe de R\$ 20,00 pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES

NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO, MOBILIÁRIO E MONTAGEM INDUSTRIAL DE MOCOCA E REGIÃO, calculadas sobre o valor atribuído à ca usa de R\$ 1.000,00.

Procurador ciente: CLAUDE HENRY APPY.

Campinas, 12 de março de 2014.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Relator (a)