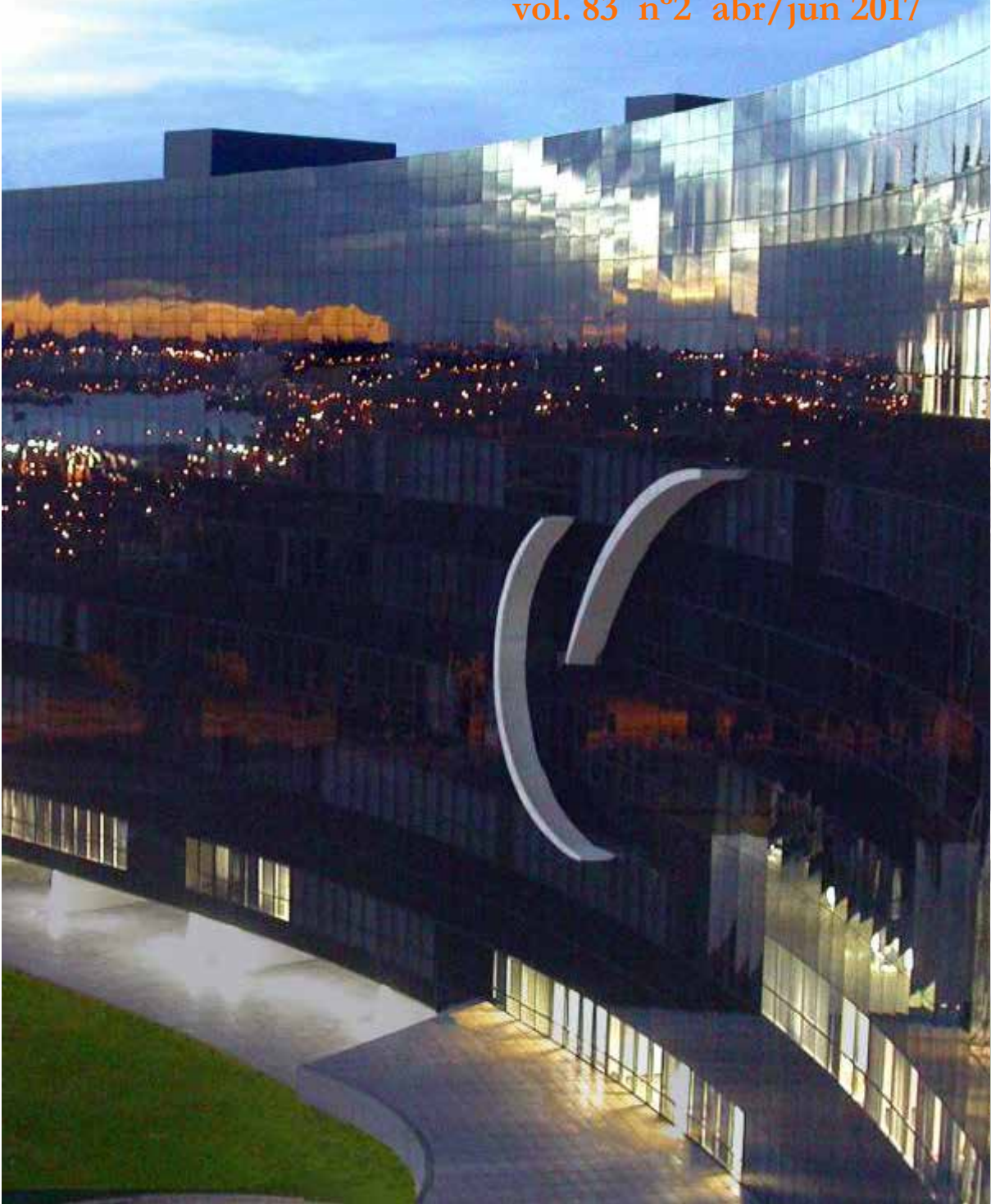


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 83 n°2 abr/jun 2017



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Presidente

Ministro Emmanoel Pereira
Vice-Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(presidente)*

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Lelio Bentes Corrêa *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 83 – nº 2 – abr. a jun. – 2017

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3545-2801

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Órgão Especial

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Desembargador Marcelo Lamego Pertence (Convocado)

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Oitava Turma

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Dora Maria da Costa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



EMANOEL PEREIRA
Vice-Presidente



IVES GANDRA FILHO
Presidente



RENATO PAIVA
Corregedor-Geral



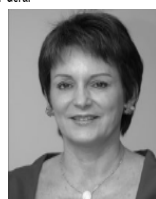
JOÃO ORESTE DALAZEN



BARROS LEVENHAGEN



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALSING**



DORA COSTA



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURÍCIO GODINHO
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR
RODRIGUES**



**MARIA HELENA
MALLMANN**

Sumário

1. Documento eletrônico – reflexões fragmentadas à luz do novo Código de Processo Civil <i>Alexandre de Azevedo Silva</i>	17
2. O contraditório, no novo CPC, em contraste com a celeridade, no processo do trabalho <i>Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha</i>	40
3. Inderrogabilidade da norma e indisponibilidade de direitos em face da negociação coletiva: limites impostos pelos direitos fundamentais <i>Arion Sayão Romita</i>	63
4. O tema da proteção jurídica do trabalho humano no contexto historiográfico da construção de mitos e heróis que fragilizam as lutas sociais: paradoxos e possibilidades <i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	86
5. A fundamentação da sentença no novo CPC e a matéria de fato: uma análise da subsunção/concreção judicial <i>Francisco Rossal de Araújo</i>	112
6. Assédio e inversão do ônus da prova: breves considerações <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	127
7. A pejotização sob o prisma dos princípios do Direito do Trabalho <i>Isabel de Oliveira Batista e Patrick Luiz Martins Freitas Silva</i>	171
8. A reforma trabalhista no <i>Brasil de Rosa</i> : propostas que não criam empregos e reduzem direitos <i>Magda Barros Biavaschi</i>	195
9. A ética na relação de trabalho: apontamentos de uma reflexão <i>Norberto Mazai</i>	204
10. Negociação salarial anual dos servidores públicos, muito além da Súmula nº 679 do STF <i>Raquel de Souza Felício e Gilberto Stürmer</i>	210
11. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro <i>Rosane Gauriau</i>	223

12. Desafios do sindicalismo: um olhar para além da relação de emprego	
<i>Túlio de Oliveira Massoni</i>	259
13. Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista	
<i>Vólia Bomfim Cassar</i>	285

Doutrina

DOCUMENTO ELETRÔNICO – REFLEXÕES FRAGMENTADAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Alexandre de Azevedo Silva*

A sociedade contemporânea é marcada pela presença de uma verdadeira revolução tecnológica, caracterizada pela capacidade de transformar, armazenar e processar todas as informações, vozes, dados e imagens com fugacidade e velocidade impressionantes, em um sistema de rede cada vez mais global, iterativo e eficiente.

O registro histórico das revoluções tecnológicas, como bem esclarece Manuel Castells¹, invocando compilação de Melvin Kranzberg e Carroll Pursell, “(...) mostra que todas são caracterizadas por sua *penetrabilidade*, ou seja, por sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida. Em outras palavras, são voltadas para o processo, além de induzir novos produtos”.

Presente em praticamente todas as atividades humanas, a tecnologia, como não poderia deixar de ser, impactou fortemente o campo do Direito, atingindo não só a forma de representar e de dar significado às coisas e aos fatos, mas, também, o próprio meio de exteriorização da atividade jurisdicional pelo Estado-juiz².

A utilização massificada destes novos meios eletrônicos, principalmente a internet, atingiu as mais diversas relações humanas, exsurgindo como natural a constatação de que o uso de documentos eletrônicos, como meio de prova em processos judiciais, vem crescendo de forma exponencial, a exigir um tratamento específico pela legislação processual.

* Juiz do trabalho titular da 1ª Vara do Trabalho de Taguatinga/DF, atuando, temporariamente, como juiz auxiliar da Presidência do TRT da 10ª Região.

1 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 68. v. 1.

2 No Brasil, a utilização mais intensa da tecnologia da informação e das comunicações como ferramenta indispensável para acelerar a prestação jurisdicional se deu no ano de 2002, com a experiência pioneira de desenvolvimento de um sistema de processamento eletrônico nos Juizados Especiais Federais do TRF da 4ª Região. Desde então, o denominado processo judicial eletrônico vem se alastrando a passos largos, e transformou-se em uma política estruturante para todo o Poder Judiciário, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Ainda perdura, forçoso é convir, muita incompreensão no âmbito jurídico em relação à verdadeira dimensão do impacto, em nossas vidas, dessas novas tecnologias, e a velocidade com que estas mudam³ e se autorreproduzem não é a mesma em se tratando da atualização de seus marcos legais regulatórios.

A corroborar esta percepção, basta ver a timidez do legislador ordinário ao dedicar, no novo Código de Processo Civil – CPC/2015, uma seção específica para tratar dos documentos eletrônicos, alicerçada em apenas três artigos⁴, com muito pouco a acrescentar em face do grande déficit de disciplina legal existente sobre a matéria.

1 – DOCUMENTO E DOCUMENTO ELETRÔNICO – DISTINÇÕES CONCEITUAIS

Clássica é a lição do insuperável Francesco Carnelutti⁵ no sentido de que “a subdistinção das provas históricas é feita em atenção à diferença entre pessoa e coisa, visto que ambos estes entes podem servir para a representação; à pessoa, na medida em que representa um fato, chama-se testemunha; à coisa, na medida em que igualmente representa um fato, chama-se documento”.

O documento, portanto, nada mais é do que alguma coisa por meio da qual se permite conhecer ou representar um fato, passível de ser recuperado em um momento futuro.

Esta finalidade probatória do documento, em relação à existência de um fato jurídico, também se encontra reafirmada em nosso Código Civil⁶.

Firme em tal pressuposto, e do ponto de vista estritamente jurídico, não se mostra correto enxergar o documento como mero sinônimo de papel.

Na verdade, nos últimos séculos, o papel acabou sendo o suporte tangível mais adequado para documentar as obrigações entre as pessoas, em razão de sua inequívoca facilidade de guarda, transporte e circulação, além de conferir maior segurança e confiabilidade ao registro nele lançado⁷.

3 Em seu livro *A Infoera – o Imenso Desafio do Futuro*, o Professor João Antônio Zuffo preleciona: “(...) A principal característica da Infoera será a razão de máxima mudança, que ocorrerá com tal regularidade e uniformidade, que ninguém notará, tornando-se parte da vida cotidiana (...)”.

4 A Seção VIII, no CPC/2015, é composta pelos arts. 439 a 441. Há, no entanto, outras disposições sobre documentos eletrônicos nos arts. 411, II, 422, §§ 1º e 3º, 425, V e VI e §§ 1º e 2º, e 438, § 2º, todos do mesmo álbum processual.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 532.

6 No caso, o art. 212, II, do Código Civil.

7 Rui Barbosa, em imortal conferência na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em 14.07.2016, bem enfatizou tal aspecto e importância: “Quando a palavra se transfere da voz ao papel, cuidava o vulgo

DOCTRINA

Não obstante, o papel nunca foi nem será o único meio ou suporte para expressar a vontade ou representar um fato.

A humanidade, em seus primórdios, já se valeu da escrita pictográfica, na qual figuras representavam objetos. O homem também utilizou, antes do papel, o barro, a pedra, os metais e os papiros como suportes físicos para impressão e transmissão de mensagens e pensamentos, documentando fatos.

A diferença é que esses meios de suportes do passado, materialmente tangíveis, eram formados por átomos.

Há, entretanto, um novo mundo entre nossas retinas e nossas rotinas, e o que antes era materializado em átomos hodiernamente se assenta em *bytes*.

Augusto Tavares Rosa Marcacini⁸ conceitua o documento eletrônico como “(...) uma representação numérica da informação, independente e autônoma do meio físico em que esteja momentaneamente gravado, sendo definido como uma ‘sequência de *bits* que, traduzida por um programa de computador, seja representativo de um fato’. O *bit* é a menor unidade de informação, podendo ser compreendido como um interruptor ligado ou desligado, um ‘sim’ ou ‘não’, ou, como representação numérica, por zero ou um. Longas sequências de números zero e um são utilizadas para representar todo tipo de informação, textos, sons, imagens estáticas ou em movimento, ou instruções para o próprio computador (*software*)”.

Mister se faz esclarecer, no entanto, que a crescente evolução da informática e dos meios de comunicação não permite que se tenha tal conceituação como uma definição precisa, rígida e imutável⁹, aspecto que vem sendo alertado pela melhor doutrina.

O importante é constatar que “(...) o advento da informática – e a possibilidade do suporte eletrônico para os atos jurídicos – é um avanço da civilização a qual o Direito precisa se adaptar, assim como se adaptou pela relevante criação do papel um dia. Assim, como um dia apenas os objetos materiais/corpóreos eram tidos como bens, sendo que mais tarde o Direito avançou para caracterizar

ingênuo que ela subia um grau na escala da segurança, não porque a consciência valha mais escrita do que falada, mas porque falada, não deixa na escrita o rastro de sua autenticidade. Daí o valor do papel, que não se comunica a sua destrutibilidade, ao seu conteúdo, antes recebe do que ele contém a sua inviolabilidade. Essa a nobreza do papel. (...) Ao papel é que a amizade, o direito, a honra confiam os seus segredos, as suas dívidas, os seus compromissos”.

8 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015. p. 1.119.

9 Afinal, muitos processos tecnológicos são insusceptíveis de serem captados pelos sentidos humanos, escapam-lhe, ainda, à compreensão básica, não podendo, por isso, ser bem definidos ou conceituados.

e admitir os bens imateriais/incorpóreos; atualmente os documentos também podem ser classificados em materiais e imateriais”¹⁰.

2 – DOCUMENTO ELETRÔNICO. ADMISSIBILIDADE COMO MEIO DE PROVA. ILICITUDE DE OBTENÇÃO. ALGUNS MITOS E EQUÍVOCOS

A admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova idôneo na esfera judicial não surgiu com a promulgação da Seção VIII (“Dos Documentos Eletrônicos”) do Capítulo XII (“Das Provas”) do Título I (“Do Procedimento Comum”) do Livro I (“Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”) da Parte Especial do novo Código de Processo Civil de 2015.

De efeito, o art. 332 do CPC de 1973 já estabelecia que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”¹¹.

A previsão do novo Código, assim, apenas deixou explícita tal admissibilidade, de longa data legitimada pelo uso frequente de imagens digitais, vídeos, áudios, arquivos eletrônicos e fotografias digitais, nos mais diversos processos judiciais, inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho.

O problema, como bem apontado por Augusto Tavares Rosa Marcacini¹², é que “o documento eletrônico não transmite a informação diretamente aos sentidos humanos, como ocorre com um documento escrito em papel ou outros documentos físicos; é necessário que a sequência de *bits* seja traduzida, por meio de um *software*, para algum padrão reconhecível pelos nossos sentidos. O *software*, no caso, opera como um intermediário, nem sempre infalível, entre o registro da informação (a sequência de *bits*) e a captação dessa informação pelos sentidos humanos, o que introduz novos problemas no estudo jurídico-documental, inexistentes no universo físico dos documentos tradicionais”.

10 TEIXEIRA, Tarcísio; AGUIAR, João Borducchi. Premissas para um estudo dos títulos de crédito eletrônico: documento eletrônico e prova eletrônica. *Revista de Direito Empresarial*, v. 1, jan./fev. 2014, p. 63-74, DTR2014622.

11 Disposição similar, embora tecnicamente mais precisa, encontra-se consagrada no art. 369 do CPC/2015, assegurando às partes como verdadeiro direito o de provar as suas alegações em juízo: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

12 *Ob. cit.*, p. 1.119.

DOCTRINA

Esta dificuldade de percepção ou captação de conteúdo do documento eletrônico, associada à fluidez de sua transmissão e à informalidade de seu registro no universo virtual, terminou por criar um mito segundo o qual aquele tipo de documento seria muito mais inseguro e vulnerável do que o papel, suscetível a fraudes multifárias de edição, de difícil ou complexa detecção.

A ciência não referenda, todavia, tal mito de vulnerabilidade exacerbada, haja vista que, como linguagens que são, os documentos sempre estiveram suscetíveis a fraudes, adulterações, incorreções e falsidades, seja no meio físico em papel, seja no meio eletrônico.

Esta vulnerabilidade, portanto, se existente, não é privilégio nem monopólio do documento eletrônico, estendendo-se, inclusive, a outros meios de prova, principalmente a prova testemunhal, o que não justifica qualquer tratamento preconceituoso ou discriminatório.

Ademais, existem, como é sabido, meios rígidos e confiáveis de controle dos dados eletrônicos, compostos por ondas eletromagnéticas de existência física real. Tais recursos tecnológicos se mostram seguros e confiáveis para identificar as supostas práticas fraudulentas na feitura da documentação eletrônica, pelo que injustificáveis se revelam o receio e o preconceito demonstrados por alguns operadores tradicionais do Direito em admitir como válido e idôneo o documento eletrônico para fins de comprovação de fato alegado em juízo, baseados apenas em pensamentos condicionados de que tudo pode e é adulterado no espaço cibernético.

Muitos juízes do trabalho, por exemplo, influenciados por tais preconceitos de vulnerabilidade, não conseguem admitir como idôneos registros digitalizados e oriundos de sistemas de ponto eletrônico, presumindo fraude na elaboração de tais documentos e exigindo, como condição de autenticidade, a aposição de assinatura ou rubrica manuscrita por parte do empregado, com o olhar condicionado pelo suporte do meio físico do papel, o que não tem previsão legal¹³ e não faz o menor sentido se considerado o suporte eletrônico em que a prova originariamente foi gestada.

13 A Portaria MTE nº 1.510/09 estabelece os formatos de relatórios e arquivos digitais de registros de ponto que o empregador deverá manter e apresentar à fiscalização do trabalho, não se constituindo em obrigação legal da empresa que tais relatórios sejam impressos mensalmente em papel, para assinatura e validação pelo empregado. A jurisprudência amplamente majoritária do TST se firmou no sentido de que a exigência da assinatura do empregado nos cartões de ponto é requisito formal de validade que não tem previsão legal, caracterizando mera irregularidade administrativa, sem o condão de presumir fraude ou inverter o ônus da prova em desfavor do empregador.

DOCTRINA

Outro aspecto deveras relevante, que se mostra bem sensível no campo da admissibilidade do documento eletrônico dentro do processo, é a licitude de sua obtenção.

Com efeito, as novas mídias eletrônicas se caracterizam pela imaterialidade, pelo desprendimento do suporte físico, pela volatilidade, pela fluidez, pela flexibilidade e pela versatilidade, o que de certa forma facilita sua captação, reprodução e transmissão, com a velocidade do pensamento, máxime em uma sociedade conectada em rede.

Diante da dificuldade, muitas vezes insuperável, de se contrapor ao conteúdo do documento eletrônico, a estratégia jurídica de invalidar a sua força probatória pelo aspecto formal se torna o único caminho viável e possível para a parte litigante prejudicada com a sua edição, o que tem gerado interessantes discussões no âmbito dos tribunais pátrios.

É certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, estatui que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, vale dizer, não se mostra passível de aceitação em juízo, por inidônea, a prova colhida em desacordo com o sistema jurídico, ficando, por consequência, inteiramente infirmada a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material aquela prova pretendia evidenciar.

Todavia, tal conceito de ilicitude de obtenção da prova documental eletrônica não tem a dimensão tão densa e ampliada como procuram fazer crer alguns profissionais do Direito, que exploram, a mais não poder, a garantia fundamental da proteção à intimidade, à vida privada e à imagem consagrada na Constituição¹⁴ para tentar obstruir a admissibilidade da prova eletrônica no âmbito do processo judicial.

Tanto o excelso Supremo Tribunal Federal¹⁵ quanto o colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁶ admitem ser válida como prova a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na hipótese, em interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição.

14 A Constituição Federal, em seu art. 5º, X, estatui que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

15 O julgamento, com repercussão geral, foi pacificado por ocasião da apreciação do RE 583.937 QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 18.12.09.

16 APn 644/BA, Relª Minª Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 15.02.2012.

A Suprema Corte também já entendeu como lícita a realização de filmagem, em ambiente próprio e privado, com o objetivo de identificar o autor de danos praticados contra o patrimônio da vítima, ainda que a outra parte ofensora ignorasse a existência do sistema de câmeras instalado para a captação das ditas imagens¹⁷.

No ambiente de trabalho, a jurisprudência do colendo TST tem admitido a licitude da prova documental eletrônica obtida pelo empregador via acesso ao *e-mail* corporativo mantido pela empresa, quando constatado o uso indevido, pelo empregado, do referido meio eletrônico, com descumprimento das normas internas de utilização do serviço para a veiculação de conteúdo impróprio e pornográfico, sem que tal acesso não autorizado configure violação ao sigilo de dados e de correspondência, constitucionalmente tutelado pelo inciso XII do art. 5º da Carta Magna:

“PROVA ILÍCITA. *E-MAIL* CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo não raro sofre acentuado

17 STF, 2ª T., HC 84.203, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 25.09.09.

desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inciso III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de instrumento do reclamante a que se nega provimento.” (TST, 1ª T., RR 613/2000-013-10-00.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 10.06.05)

“RECURSO DE REVISTA OBREIRO. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO. LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados.

2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência – manuscrita, impressa ou eletrônica – da pessoa – física ou jurídica – diante de terceiros.

3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional – da pessoa jurídica –, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência,

DOCTRINA

seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

4. Assim, se o *e-mail* é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em *e-mail* corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema Gmail do Google, de acesso universal.

5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos.” (TST, 7ª T., ED-RR 996100-34.2004.5.09.0015, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 20.02.09)

Mister se faz alertar, no entanto, que o acesso, pelo empregador, aos dados eletrônicos veiculados ou armazenados pelo empregado em *e-mail* corporativo mantido pela empresa, com descumprimento das normas internas de uso do serviço, deve ser exercido de forma parcimoniosa e sensata, sem desbordar para a perscrutação e a devassa de outros conteúdos veiculados por meios pessoais e privados de comunicação eletrônica pela internet, como são exemplos o MSN Messenger, o Skype ou o WhatsApp. Nesse caso, a comunicação do dado, por ostentar natureza estritamente privada e pessoal, em ambiente eletrônico criado com a promessa de preservar tal confidencialidade, é inviolável, e o seu acesso não autorizado por terceira pessoa importa em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, assegurado no art. 5º, X e XII, da Carta Magna¹⁸.

Inteiramente diversa, entretanto, é a realidade decorrente da exposição indevida, pelo próprio indivíduo, de sua privacidade em ambientes públicos da internet (redes sociais), como o Facebook e o YouTube, por exemplo. Essa exposição cada vez mais intensa, quase narcisista, tem acarretado consequências imprevisíveis em termos de produção probatória em processos judiciais na seara trabalhista.

18 Nesse sentido, elucidativo precedente foi firmado pela Primeira Turma do TST, nos autos do RR 4497-69.2010.5.15.0000, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 07.03.2014.

DOCTRINA

Um caso pitoresco foi julgado no Estado do Ceará, no qual a juíza de primeira instância acolheu como lícitas as fotos postadas pelo próprio empregado em seu ambiente eletrônico no Facebook. De posse desse conteúdo disponibilizado na internet, a empresa empregadora se valeu de tal acervo de imagens para demonstrar a gratuidade dos atestados médicos apresentados pelo obreiro, comprovando a conduta faltosa de seu cozinheiro de, mediante fraude, não comparecer ao trabalho para participar de festas e eventos, com consumo de álcool, e tentar justificar indevidamente a sua desídia com o uso de documentação ideologicamente falsa¹⁹.

Outro caso interessante foi apreciado pela Justiça do Trabalho no Distrito Federal, no qual ficou comprovada a justa causa de mau procedimento em episódio de prática de crueldade com animal silvestre, gravado em vídeo e difundido ao público em geral pelo YouTube, em pleno horário de serviço e com uso do caminhão do empregador conduzido pelo empregado, expondo indevidamente a imagem e a reputação da empresa e de seu fornecedor²⁰.

Como se vê, o documento eletrônico assume, a cada dia, uma participação maior e mais decisiva no acervo probatório dos processos judiciais trabalhistas.

Sensata e correta, portanto, a advertência feita por Mário Rosa²¹, ao dizer que se “(...) tudo tende a convergir para uma tela e essa é feita para convergir para nós, significa que uma realidade de amplitude inédita passou a convergir para o nosso olhar, a disputar a nossa atenção através de um desfile de cenas, imagens, informações e percepções a que nosso olhar jamais se expôs. Isso certamente está provocando uma forma de ver inteiramente diferente – o que implica que irá requerer uma reavaliação das antigas formas de se expor”.

Em um mundo onde a comunicação eletrônica, quase instantânea, adquire contornos cada vez mais onipotentes e a sociedade exige mais ética e transparência em tudo o que se faz, há uma inequívoca alteração na fronteira entre o público e o privado, e o Direito não pode se manter alheio ou insensível a tal mudança dos tempos.

19 Processo 0000149-49.2015.5.07.0034, Vara do Trabalho de Eusébio, Juíza Kaline Lewinter, j. 28.04.2015.

20 TRT da 10ª Região, 3ª T., RO 0001097-71.2015.5.10.0821, Rel. Juiz Conv. Antônio Umberto de Souza Júnior, DJe 27.04.2017.

21 ROSA, Mário. *A reputação na velocidade do pensamento*. São Paulo: Geração Editorial, 2006. p. 88.

3 – DOCUMENTO ELETRÔNICO E CERTIFICAÇÃO DIGITAL – A QUESTÃO DA AUTENTICIDADE E DA INTEGRIDADE

Como bem positiva Fredie Didier Junior²², “para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos, é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua autenticidade, que permite identificar a sua autoria, e à sua integridade, que permite garantir a inalterabilidade de seu conteúdo”.

O meio mais seguro para estabelecer tais garantias de autenticidade e de integridade de um documento eletrônico, de acordo com os conhecimentos científicos atuais, é o da criptografia assimétrica, também conhecida como criptografia de chave pública.

Este processo criptográfico assimétrico pode ser assim explicado, de acordo com sucinta lição do professor Augusto Tavares Rosa Marcacini²³:

“A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza *duas* chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a *chave privada*, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a *chave pública*, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada *que não pode ser decifrada com a própria chave pública* que a gerou. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública.”

A Medida Provisória nº 2.200/01, que criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, implantou um sistema nacional de certificação digital no país, resultante de um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos, com o objetivo de garantir autenticidade, confidencialidade e integridade das informações contidas em documentos produzidos em forma eletrônica.

22 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. In: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 221-222.

23 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível em: <augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 28 maio 2017.

DOCTRINA

Uma vez utilizada a assinatura digital, com o uso da certificação digital, inequívoca resta a autenticidade do documento eletrônico, pela certeza quanto à sua autoria, e as declarações nele constantes, por força do disposto no art. 10 da MP nº 2.200/01, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, que não mais poderá repudiar o seu conteúdo, uma vez que, a princípio, ele é a única pessoa que tem acesso à chave privada que gerou aquela assinatura.

E mais.

A assinatura digital, por meio da certificação, garante a integridade do documento eletrônico, pois “as assinaturas digitais assim produzidas ficam de tal sorte vinculadas ao documento eletrônico subscrito que, ante a menor alteração, a assinatura se torna inválida. A técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma imutabilidade lógica do seu conteúdo. Por imutabilidade lógica quero dizer que o documento continua podendo ser alterado, sem deixar vestígios no meio físico onde está gravado (esta, aliás, é uma importante característica do documento eletrônico, que vai permitir desvinculá-lo do meio físico e transmiti-lo, via internet); entretanto, a posterior alteração do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento deixe de ter valor como prova”²⁴.

Não foi, pois, sem razão que o CPC/2015, em seu art. 195, assentou que “o registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei”.

Reafirmando a sua clara opção pela segurança da criptografia assimétrica, o CPC/2015, em seu art. 411, II, atribuiu a condição de autenticidade ao documento eletrônico quando “a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei”.

Em diversos outros dispositivos esparsos, o CPC/2015 consagrou a assinatura digital, por certificação digital, como o método mais seguro e confiável para a prática de atos processuais no meio eletrônico²⁵, preconizando,

24 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível em: <augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 28 maio 2017.

25 Como são exemplos os produzidos e armazenados em arquivo eletrônico inviolável e cujos termos devem ser assinados digitalmente pelo juiz, pelo serventuário e pelos advogados das partes (art. 209, § 1º, do CPC/2015); bem como os que autorizam a alienação judicial por meio eletrônico (art. 882, § 2º, do CPC/2015).

DOCTRINA

em seu art. 1.053, que “os atos processuais praticados por meio eletrônico até a transição definitiva para certificação digital ficam convalidados, ainda que não tenham observado os requisitos mínimos estabelecidos por este Código, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo à defesa de qualquer das partes”.

No âmbito do Processo Judicial Eletrônico – PJe na Justiça do Trabalho, o art. 3º, *caput*, da Resolução CSJT nº 185/2017 segue esta mesma tendência, ao estatuir que “os atos processuais terão sua produção, registro, visualização, tramitação, controle e publicação exclusivamente em meio eletrônico e serão assinados digitalmente, contendo elementos que permitam identificar o usuário responsável pela sua prática”.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT editou, inclusive, a Resolução nº 164/2016, disciplinando o uso e a concessão de certificados digitais institucionais no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus.

Limitações de ordem técnica no atual sistema do PJe, no entanto, impedem que um mesmo documento eletrônico possa ser simultaneamente assinado digitalmente por mais de um signatário, o que tem gerado algumas incompreensões quanto à autoria e validade do ato processual praticado.

Ora, a assinatura digital, como já dito, não é uma imagem digitalizada da assinatura manual de seu emissor, mas um conjunto de caracteres alfanuméricos inseridos em uma mensagem eletrônica, que é criptografada e posteriormente decodificada por meio de um sistema de chaves públicas e privadas.

Assim, uma petição de acordo digitalizada e juntada aos autos eletrônicos em formato de arquivo eletrônico *portable document format* (.pdf) padrão ISO-19005 (PDF/A), em petição de encaminhamento assinada digitalmente apenas pelo advogado de uma das partes litigantes, precisa, para fins de homologação judicial, ser ratificada pela outra parte, porquanto, juridicamente, trata-se de uma manifestação de vontade unilateral, já que única é a assinatura digital nele lançada.

Também não se deve confundir a própria existência da assinatura digital com a descrição constante da peça processual assinada eletronicamente, pois uma coisa é a prova de autoria decorrente da assinatura em si aposta no documento eletrônico, outra, diversa, é a descrição do nome, no arquivo em formato PDF/A, de quem supostamente estaria a praticar o referido ato processual assinado.

Firme em tal sentir, agiu com inteiro acerto a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1 do colendo TST, ao decidir que “na

DOCTRINA

apreciação do processo eletrônico, na esfera trabalhista, torna-se necessário examinar os requisitos de admissibilidade processual em face dos novos dogmas que são aplicáveis ao mundo virtual, atentando para o objetivo da norma que admite o documento eletrônico, pela aposição da assinatura digital, por advogado devidamente habilitado nos autos. O fato de o recurso ser assinado digitalmente por advogado diverso daquele mencionado na folha de rosto não torna inexistente a peça recursal, ao contrário, confere-lhe inteira validade, na medida em que a responsabilidade pela transmissão é do advogado que apõe a assinatura digital, desde que seja mandatário. A tecnologia que viabiliza o acesso a apenas um dos advogados que detém procuração nos autos traduz a segurança necessária para a recepção do apelo, já que o conceito de petição subscrita passou a ser, no mundo eletrônico, do advogado que assina digitalmente. Aplica-se, no caso, o princípio da existência concreta, que estabelece que deve predominar, nas relações virtuais, aquilo que verdadeiramente ocorre, e não aquilo que é estipulado²⁶.

4 – DOCUMENTO ELETRÔNICO – JUNTADA NO SISTEMA PJE – RESOLUÇÃO CSJT Nº 185/2017 – LIMITAÇÕES

A despeito de o ordenamento jurídico assegurar, como direito, a produção de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para demonstrar a verdade dos fatos deduzidos em juízo, o certo é que algumas limitações de ordem técnica nos sistemas de processo eletrônico em uso no Poder Judiciário terminam por dificultar o exercício daquele direito pelas partes litigantes.

Com efeito, lastreado na autorização de regulamentação outorgada pelo art. 18 da Lei nº 11.419/06, o CSJT, por meio de sucessivas resoluções, tem disciplinado não só o formato e o tamanho dos arquivos de documentos eletrônicos passíveis de serem anexados aos autos eletrônicos do PJe, mas, também, definido a própria metodologia de organização de tal documentação eletrônica dentro do processo.

Restrições de infraestrutura de armazenamento e de conservação de dados e, principalmente, riscos de segurança e de perda de desempenho sistêmico, pelo comprometimento de banda de processamento em decorrência do tráfego pesado de grandes arquivos nas infovias da rede mundial de computadores, têm levado o Poder Judiciário a limitar o tamanho dos arquivos eletrônicos a serem anexados aos autos do sistema PJe.

26 TST, SBDI-1, E-RR 236600-63.2009.5.15.0071, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 20.04.2012.

DOCTRINA

A Resolução CSJT nº 185/2017, em seu art. 12, *caput*, atribui competência unilateral ao Presidente do Conselho para definir o tamanho máximo dos arquivos e extensões suportadas pelo PJe.

Atualmente, apenas arquivos no formato *portable document format* (.pdf) padrão ISO-19005 (PDF/A) podem ser anexados automaticamente pelas partes e advogados ao sistema PJe, sem a interferência de qualquer serventário da Justiça do Trabalho, e mesmo assim se não ultrapassado o tamanho limite fixado em *megabytes* – MB.

Arquivos eletrônicos em formato PDF/A, se de tamanho superior ao máximo estabelecido na norma técnica editada pelo Presidente do CSJT, deverão ser divididos ou decompostos em arquivos menores, de mesmo formato, não existindo, todavia, limitação de quantidade de arquivos a serem juntados no exercício da atividade probatória²⁷.

Persistem ainda restrições técnicas para a juntada no PJe de grandes arquivos de áudio, no formato MPEG-1 ou MP3 (*Moving Picture Experts Group*); arquivos de áudio e vídeo (AV), no formato MPEG-4 (*Moving Picture Experts Group*); e arquivos de imagem, no formato JPEG (*Joint Photographic Expertes Group*), apenas para exemplificar os formatos mais conhecidos no dinâmico universo da tecnologia digital.

Importante ressaltar, no entanto, que a limitação técnica verificada no sistema PJe não implica dizer que as partes litigantes não possam produzir, no processo eletrônico perante a Justiça do Trabalho, prova dos fatos por elas alegados por meio de arquivos eletrônicos de imagem, áudio ou vídeo.

Em tais situações, a solução de contorno ou de contingência para tal limitação tecnológica é a gravação, pela parte interessada na produção probatória, em duas mídias de suporte avulsas (normalmente em CD, DVD ou *pen drive*) e de igual teor, do arquivo eletrônico em formato não recepcionável pelo sistema PJe, a fim de que o seu teor e conteúdo possam ser disponibilizados, em audiência, para a parte adversa e para o juiz, de tudo ficando o devido registro em ata.

A disponibilização de cópia dos mesmos arquivos eletrônicos também para a parte adversa rende homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, de *status* constitucional, constituindo-se em garantia obrigatória que não pode ser dispensada nem olvidada pelo juiz na condução do feito e na admissibilidade da produção probatória.

27 Nesse sentido, o *caput* do art. 13 da Resolução CSJT nº 185/2017 prevê que “os usuários externos poderão juntar quantos arquivos se fizerem necessários à ampla e integral atividade probatória, observado o art. 12 desta Resolução e demais atos normativos referentes à matéria”.

DOCTRINA

Finalmente, em razão dos princípios da boa-fé e o da cooperação²⁸, as partes litigantes devem agrupar os documentos eletrônicos a serem anexados aos autos do PJe com observância das normas de descrição e de organização constantes dos arts. 12 e 13 da Resolução CSJT nº 185/2017, com total transparência e facilidade para a compreensão cronológica dos fatos em discussão na lide, sob pena de aqueles documentos se tornarem indisponíveis por expressa e fundamentada decisão do magistrado, com o registro de movimento e exclusão da petição e documentos, assinalando-se, se for o caso, novo prazo para a adequada apresentação da petição²⁹.

5 – DOCUMENTO ELETRÔNICO – REPRODUÇÃO INTERMEIOS – DIGITALIZAÇÃO – LEI Nº 12.682/2012 – CPC/2015

No meio físico do papel, o documento, dito original, é sempre o primeiro originariamente produzido. As demais reproduções deste mesmo documento, com utilização de técnicas de reprodução xerográfica, serão, em princípio, cópias.

No ambiente digital, a relação entre original e cópia subverte esta lógica reprodutiva.

Como bem esclarece Augusto Tavares Rosa Marcacini³⁰, “sendo o documento eletrônico uma sequência abstrata de *bits*, isto é, apenas um gigantesco número, quantas vezes se reproduzir exatamente a mesma sequência numérica, o mesmo número, ter-se-á não uma cópia, mas o mesmo documento. Nisso se inclui igualmente os documentos eletrônicos assinados; quantas vezes se replicar o documento e sua assinatura digital, tantas vezes se terá o mesmo documento assinado, eis que cada uma dessas replicações é idêntica e indistinguível da primeira representação, que foi ‘originariamente’ assinada. São todos o mesmo número”.

O problema de formação do documento, assim, existe, em princípio, na hipótese de reprodução intermeios, ou seja, quando o seu conteúdo é transposto de um suporte em mídia eletrônica para um suporte de mídia física em papel, e vice-versa.

Um documento físico original, quando assinado, se convertido para o meio digital, por meio de um processo de conversão de sua fiel imagem para

28 Nesse sentido, o art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

29 Conforme previsão expressa do art. 15, *caput*, da Resolução CSJT nº 185/2017.

30 *Ob. cit.*, p. 1.122.

DOCTRINA

código digital (digitalização), juridicamente é tido como uma cópia, com valor probante equivalente ao de uma mera fotocópia de um original em papel.

Em que pese o art. 3º da Lei nº 12.682/2012 estabelecer que “o processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”, a prática tem demonstrado que a facilidade do uso de técnicas de digitalização, pela popularização dos *scanners* de mesa, tem tornado letra morta a cautela ditada pela lei de uso da certificação digital nesse tipo de atividade.

Na seara do processo judicial eletrônico, o art. 11, § 1º, da Lei nº 11.419/06 estabeleceu que “os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização”.

Outro não foi o entendimento sufragado no CPC/2015, ao prever, em seu art. 425, VI, que fazem a mesma prova que os originais “(...) as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração”.

Em suma, um documento físico, em papel, quando digitalizado e transposto para o meio eletrônico, pode ser anexado aos autos eletrônicos do PJe pela ação do advogado da parte interessada em sua produção, e desfrutará do mesmo valor probatório do documento em papel original, salvo se a parte contrária alegar, de forma motivada e fundamentada, a existência de adulteração em seu conteúdo.

Neste caso, o incidente de falsidade de documento eletrônico digitalizado, de acordo com o art. 11, § 2º, da Lei nº 11.419/06, deverá ser arguido eletronicamente e segundo o rito da lei processual em vigor, cabendo à parte que produziu o documento exhibir, se assim determinado pelo juiz, o documento físico original, para fins de realização de perícia técnica tendente a esclarecer a existência ou não da alegada adulteração no curso do procedimento de digitalização.

DOCTRINA

Questão interessante diz respeito ao direito de acesso a tais documentos digitalizados e juntados em autos de processo eletrônico.

O legislador, certamente preocupado com a possibilidade de ampla perscrutação da vida alheia no ambiente da rede mundial de computadores, com violação da intimidade e da privacidade³¹, estabeleceu, no art. 11, § 6º, da Lei nº 11.419/06, que “os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça”.

A supracitada regra legal conflita, nitidamente, com as disposições do art. 7º, incisos XIII a XV, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), pois ao advogado sempre foi assegurado o direito de examinar, obter cópias e tomar apontamentos de quaisquer processos, ainda que sem procuração (ressalvados os sigilosos), facultando-se expressamente a retirada dos autos apenas naqueles em que ele tenha procuração ou quando já findo o processo.

Criou-se, então, uma situação paradoxal e constrangedora, pois o acesso à documentação constante dos autos pelos advogados da iniciativa privada, no sistema convencional do processo em papel, era amplo, ressalvados os casos de sigilo e de segredo de justiça, enquanto no processo judicial eletrônico era restrito, limitado à causa específica de atuação, sem qualquer razão jurídica plausível para o tratamento diferenciado e discriminatório pela simples mudança do meio de suporte de tramitação dos atos processuais.

O Conselho Nacional de Justiça, instado a se manifestar sobre a matéria, terminou por rever a sua jurisprudência inicial e revogou o seu Enunciado Administrativo nº 11, de 30.05.08, consolidando o entendimento final de que “(...) norma geral – que trata da informatização do processo judicial – não tem o condão de revogar garantia prevista em norma específica – Estatuto da Advocacia”³².

Hodiernamente, pois, a consulta, pelos profissionais advogados, aos autos e respectivos documentos constantes do PJe é ampla, ressalvadas as hipóteses de processos que tramitam em sigilo ou segredo de justiça.

31 Sem menoscabo da proteção a tais garantias constitucionais, há juristas que defendem, mesmo assim, a inconstitucionalidade de tal norma ordinária restritiva, por violar o princípio maior da publicidade externa.

32 CNJ, REVSEC 200732-46.2008.2.00.0000, Rel. Cons. Tércio Lins, j. 09.09.08.

6 – ATA NOTARIAL E A COMPROVAÇÃO DE ALGUNS FATOS NOTICIADOS NO MEIO ELETRÔNICO

Alguns fatos noticiados em sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, por exemplo, não podem ser comprovados facilmente em juízo, principalmente porque se encontram veiculados em arquivos protegidos e não sujeitos a *download* ou gravação

O universo cibernético evolui e se modifica a cada instante, e um conteúdo que agora está facilmente disponível para acesso em uma página da internet, no minuto seguinte poderá não mais estar, porque alterado ou suprimido.

Como compatibilizar, então, a necessidade de produção probatória de fatos noticiados em um meio digital instantâneo e muito dinâmico com um processo judicial marcado, em regra, pela morosidade e pelo tempo considerável de tramitação?

O art. 384, parágrafo único, do CPC prevê que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Por meio da ata notarial, o tabelião, com fé pública, a requerimento de um interessado, atesta e documenta a existência e o modo de existir de algum fato, descrevendo o que se dá em sua presença, sem emitir juízo ou expressar opinião sobre a sua veracidade ou conteúdo.

Assim, e como esclarecido por Willian Santos Ferreira³³, “(...) a mera impressão de páginas da internet não garantiam que o juiz admitiria como verídico e que relacionaria o conteúdo, com o endereço eletrônico e o momento em que existia. Diante desta lacuna no plano probatório, alguns tabeliães passaram a lavrar atas notariais, descrevendo a solicitação de acesso na rede mundial de computadores (www...) e, a partir de endereços eletrônicos, passavam a descrever ‘local’ (endereço eletrônico), horário e conteúdo. Com a fé pública, estes elementos são considerados na valoração verdadeiros, cabendo à parte interessada na impugnação o ônus da prova, que a que pretendeu a prova já se desincumbiu”.

Ressalte-se que a fé pública do tabelião, inerente à ata notarial, incide sobre a existência da declaração realizada, e não sobre a veracidade do que foi

33 FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015. p. 1.046.

dito ou descrito, seguindo a mesma lógica jurídica aplicável às declarações de cunho privado em geral³⁴.

Melhor aclarando, se a ata notarial descrever o conteúdo de uma página de internet, por exemplo, a fé pública do tabelião abrangerá que, em determinada data e horário especificados, acessando um endereço eletrônico específico e individualizado, foi constatada a existência, na rede mundial de computadores, da veiculação de determinado conteúdo por ele descrito.

A veracidade ou não deste conteúdo descrito na ata notarial, e que constava da referida página eletrônica acessada, somente poderá ser comprovada em juízo por outros meios de prova, pois o tabelião, como já dito, não emite opinião nem juízo de valor sobre o que declara ou relata em ata.

7 – DOCUMENTO ELETRÔNICO – VALORAÇÃO E FORÇA PROBATÓRIA

O documento eletrônico, como espécie do gênero documento, está sujeito, em regra, às mesmas valorações e à mesma força probatória inerente aos documentos públicos e privados assinados.

O CPC/2015, no entanto, criou algumas distinções importantes quanto a tal força probatória, a depender do tipo de suporte do sistema processual utilizado pelo tribunal, e se houve ou não a conversão do documento eletrônico cuja produção se pretende realizar.

Explica-se, por partes.

Se o Tribunal ainda utiliza sistema de processos físicos, com tramitação de autos em papel, o documento eletrônico pode, em princípio, ser impresso e corporificar-se em um suporte material de papel, com posterior juntada física aos autos, com garantia de acesso das partes e do juiz ao seu conteúdo.

O CPC/2015, neste caso, contempla uma regra óbvia de procedimento, condicionando a utilização do documento eletrônico à sua conversão à forma impressa e à verificação de sua autenticidade, na forma da lei³⁵.

Intuitiva, porém, é a percepção de que tal impressão não há de ser tida como requisito ou condição imperiosa para a admissibilidade da prova em juízo, até porque em muitas situações, como no de uma prova eletrônica decorrente de arquivo em vídeo, sem áudio, impossível se mostrará o atendimento daquela

34 O art. 408, parágrafo único, do CPC estabelece que “quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade”.

35 Art. 439 do CPC/2015.

exigência de impressão ou de degravação. Prevalece, aqui, o brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur* (“ninguém está obrigado ao impossível”).

Mister se faz destacar, outrossim, que a exigência de conversão do documento eletrônico à forma impressa deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, circunscrevendo-se aos aspectos realmente relevantes da finalidade da prova, sem, necessariamente, abranger obrigatoriamente todo o conteúdo do arquivo eletrônico, máxime quando a medida de degravação implicar em obrigação desmedida para a parte, impeditiva de seu legítimo direito de produção probatória. Nesse sentido, já se posicionou a excelsa Corte Suprema:

“*HABEAS CORPUS*. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA. 1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida.” (STF, Plenário, HC 91.207/MC/RJ, Redª Desig. Minª Cármen Lúcia, DJ 11.06.07)

Assim, uma vez convertido para o papel, por meio da impressão, e livremente juntado com a verificação de sua autenticidade, como determina o art. 439 do CPC/2015, o documento eletrônico assume a mesma força probatória de um documento público ou particular subscrito, cabendo à parte adversa, em caso de impugnação, o ônus de demonstrar a sua eventual falsidade, diante da presunção de validade daquele documento.

Mas e se o documento eletrônico não for ou não puder ser impresso, ele perderá a sua eficácia probatória?

A resposta se impõe negativa, de acordo com o abalizado escólio doutrinário de Fredie Didier Junior³⁶: “O documento eletrônico não convertido em papel não perde, só por isso, a sua eficácia probatória. Seria esdrúxulo se assim o fosse: o original do documento valeria menos que a sua cópia”.

Nesta hipótese, e como ressalta o art. 440 do CPC/2015: “O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor”.

36 *Ob. cit.*, p. 227.

Dentro de tal moldura de enquadramento jurídico, importante destacar o equívoco cometido por alguns profissionais da advocacia que atuam no âmbito da Justiça do Trabalho, que pensam e defendem ser plena a eficácia probatória da prova documental eletrônica não impressa, materializada em imagens de vídeo sem áudio, supostamente evidenciando práticas de faltas graves imputadas a empregados.

A ciência demonstra que as imagens, em regra, têm um poder persuasivo bem maior do que o das palavras frias escritas nos textos, pois aquelas geram conexões emotivas bem mais fortes, influenciando e impactando o destinatário com maior vigor em relação à sua noção de verdade sobre o fato nelas retratado.

Não obstante, e ainda que disponibilizado à outra parte, por cópia gravada em CD ou DVD, o inteiro teor do arquivo eletrônico, condição primordial para a sua admissibilidade como meio de prova em juízo, insofismável é a certeza de que as imagens de vídeo não podem ser dissociadas de um contexto e, por isso mesmo, precisam ser percebidas e interpretadas com um olhar crítico do julgador, passível de complemento por outras perspectivas oriundas de outros meios de prova indispensáveis à compreensão da verdade dos fatos.

Válidas e precisas, neste particular, são as advertências formuladas pelos professores Vicente Riccio, Bernalda Messias da Silva, Clarissa Diniz Guedes e Rogério Silva de Mattos³⁷: “A produção e a interpretação da imagem não são um ato de neutralidade. Ao contrário, a partir do momento em que uma câmera é posicionada, um ângulo é escolhido e o conteúdo é editado, há subjetividade. Por esta razão, não se deve incorrer em alguns mitos típicos em torno da imagem, como: 1 – a imagem em vídeo é objetiva; 2 – os seus significados são claros e sem ambiguidades; 3 – o filme transforma o observador em testemunha. A incorporação desses mitos apresenta grande risco de injustiça e reforça uma visão acrítica do meio técnico”.

Portanto, ainda que seja passível de juntada aos autos de processo judicial um arquivo de imagens em vídeo, sem possibilidade de impressão ou de gravação, essa prova, à luz do já citado art. 440 do CPC/2015, haverá de ser valorada livremente pelo juiz, podendo e devendo ser contextualizada à luz de uma realidade fática emergente de outras perspectivas e elementos de prova igualmente idôneos, sem qualquer preponderância de um meio probatório em particular.

37 RICCIO, Vicente et al. A utilização da prova em vídeo nas Cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118/2016, jan./fev. 2016, p. 273-298, DTR/2016/675.

8 – CONCLUSÕES

A grande revolução tecnológica, intensificada após a década de 1990, tem impactado sobremaneira o mundo formal do Direito, crescendo de maneira exponencial o uso de documentos eletrônicos nos autos dos processos judiciais.

Revela-se notório o grande déficit de marcos legais regulatórios sobre a matéria, e o CPC/2015, ao destinar apenas três artigos na seção atinente aos documentos eletrônicos, perdeu uma ótima oportunidade para avançar de forma mais significativa na disciplina do tema.

A utilização da criptografia assimétrica, com o uso da assinatura digital por meio da certificação digital abalizada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, garante a autoria e a integridade do documento eletrônico, com cláusula de não repúdio em relação ao seu subscritor, o que o torna mais seguro e confiável.

Mostra-se, assim, plenamente justificada a tendência de incentivo, pelo legislador e pelas resoluções editadas pelos órgãos do Poder Judiciário, ao uso da tecnologia da certificação digital em documentos eletrônicos, seja na transformação do meio físico para o meio eletrônico (via do processo de digitalização), seja na própria criação da matriz original do documento no meio eletrônico (via sistema PJe, por exemplo).

A admissibilidade do documento eletrônico é ampla dentro do processo judicial, como corolário dos aspectos essenciais dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e a despeito de existir certa distinção entre aquele tipo de documento e os demais documentos *stricto sensu*, há pontos comuns de convergência e uma mesma equivalência funcional, qual seja a de permitir conhecer ou representar um fato, passível de ser recuperado em um momento futuro.

Persistem ainda muitas incompreensões e preconceitos em relação ao uso da prova documental eletrônica em autos de processos judiciais, mas a jurisprudência tem contribuído para abrandar rigores formais de admissibilidade e licitude de utilização, o que tem propiciado um papel cada vez mais decisivo daquele tipo de prova na formação do livre-convencimento dos magistrados.

O valor probatório de tal meio de prova encontra-se, agora, explicitamente enfatizado pelo CPC/2015, e do juiz se espera o desenvolvimento de um novo olhar para compreender esta nova realidade em sua volta, fruto de um mundo cada vez mais tecnológico e imprevisível.

O CONTRADITÓRIO, NO NOVO CPC, EM CONTRASTE COM A CELERIDADE, NO PROCESSO DO TRABALHO

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha*

1 – INTRODUÇÃO

Em 17 de março de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.105, que trouxe ao ordenamento jurídico o novo diploma processual civil. O Tribunal Superior do Trabalho houve por bem editar a Instrução Normativa nº 39, por meio da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, dispondo sobre as “normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, de forma não exaustiva”. Não é de hoje que o processo do trabalho convive com o direito instrumental comum. Dessa relação, emergem, não raro, tensões e alguns problemas postos à apreciação dos aplicadores e intérpretes do direito em geral. A começar pela concepção.

Embora a teoria geral do processo subdivida o direito processual em duas espécies, penal e não penal, é certo que esse segundo grupo contempla suas subdivisões, que, malgrado minoritária tendência a advogar a ocorrência de indissociável unidade do direito processual, à luz de princípios comuns emanados da Constituição, impõe-se a definição das disposições que sejam específicas, por um lado, e comuns, de outro, a cada ramo do direito processual. No caso do processo do trabalho, essa exigência emana do comando emergente do art. 769 da CLT, cuja via aberta à aplicação exógena do processo comum ao do trabalho pressupõe, de um lado, a lacuna da norma processual trabalhista, aliada, lado outro, à plena compatibilidade da norma comum introduzida.

Pois bem, a via estreita do princípio da subsidiariedade impõe ao intérprete notar, desde logo, que o Código de Processo Civil de 2015 exacerba as regras afetas ao contraditório, particularmente nos arts. 9º e 10, os quais, segundo a já aludida IN nº 39/2016, são compatíveis com o processo do trabalho. Não obstante a compatibilidade afirmada, há que considerar a existência de princípios informadores do direito instrumental obreiro, que, a depender do grau de amplitude do direito de defesa, muitas vezes sacralizado, passam a

* Desembargador do TRT da 1ª Região; doutor em Direito do Trabalho.

estar submetidos a elevado grau de tensão, resultante da disparidade entre os valores inspiradores das normas processuais de natureza diversa.

Nesta senda, a indagação acerca da aplicabilidade, ou não, do princípio do contraditório ao processo do trabalho, que, num primeiro momento, não aporta maior complexidade, na medida em que as normas processuais trabalhistas contêm disposições específicas que, inequivocamente, encarnam o aspecto axiológico em questão, torna-se mais problemática, quando considerada sob o aspecto da profundidade que se pretende dar, geralmente ao argumento de sua vinculação ao direito de ampla defesa, com assento constitucional.

O presente ensaio, dentre as múltiplas questões que a temática suscita, limita-se a considerar apenas um dos aspectos da tensão subjacente ao traslado, para o processo do trabalho, do princípio do contraditório, tal como tratado pelo CPC/2015, a saber, a questão temporal.

Apesar de consistir uma obviedade, deve-se partir do ponto de constatação de que a morosidade judicial não cabe e nem se justifica no estágio em que vivemos. Isso significa que as tendências processuais contemporâneas apontam para a inadmissão de delongas injustificáveis na entrega da prestação jurisdicional. A sociedade brasileira, ao aumentar seu patamar civilizatório, quer ver seus direitos materializados. O Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, a assegurar a realização das promessas contidas na ordem jurídico-constitucional. No modelo reparatório de solução dos conflitos intersubjetivos, qual o da jurisdição estatal tradicional, busca-se, idealmente, dar uma resposta expedita às lides submetidas ao Estado-juiz, de modo a obter-se, tão próxima quanto possível, a restituição do *status quo* anterior à lesão *in abstracto*. De forma que o fator tempo assume posição de relevo para a própria obtenção da paz social¹.

Não se pode deixar de ter em mira que a mora na solução dos litígios, quando injustificada e injustificável, desde sempre se teve por inadmissível. Portanto, o tempo razoável do processo, particularmente nas relações de trabalho, quase que inevitavelmente é o da celeridade, em que a pronta solução das demandas judiciais, não raro, justifica a própria existência, como ramo específico da ciência jurídica, do direito processual do trabalho.

Mais.

No dizer do poeta, o mundo muda numa “velocidade estonteante”², ditando um ritmo frenético que gera uma sensação real de aceleração do tempo,

1 Essa premissa já foi objeto de análise em trabalho anterior: A duração razoável do processo, a celeridade e a relação que têm com a justiça. In: MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord.). *Refletindo sobre a Justiça do Trabalho*. Estudos em homenagem aos 50 anos da ACAT. São Paulo: LTr, 2013.

2 VELOSO, Caetano. *Um índio*.

nada ficando imune à sua ação, inclusive o direito. Vivemos numa autopista, em que a velocidade passa a ser “o principal critério de qualidade para as coisas em geral”³, repercutindo sobre as relações políticas, econômicas, científicas e jurídicas, impondo uma reconfiguração dos valores e costumes. Portanto, há uma sensação de aceleração do tempo e o mundo jurídico, em que inseridas as relações processuais, não fica imune a essa tendência. Nesse universo particular, em que habitam os estudiosos e operadores do direito, mais que nunca, o mote é o da duração razoável do processo e o da celeridade.

Segundo essa perspectiva, o processo do trabalho, célere devido a sua ontologia – na medida em que veicula direito substancial composto, fundamentalmente, de prestações de natureza alimentar –, passa a ter uma carga de exigência, quanto à rapidez, transcendente aos limites, pura e simplesmente, da ciência jurídica.

Contudo, a Carta Magna revela que, não obstante a necessidade de um processo mais ágil, a sociedade brasileira tem o direito a que, por meio do processo judicial, toda a promessa de um Estado Democrático e de Direito feita pelo legislador constituinte, de fato, se efetive. O Judiciário brasileiro, mais que proclamador, torna-se realizador dos direitos e garantias constitucionais, naquilo que, classicamente, concebeu-se, no âmbito da doutrina, como dimensão objetiva desses mesmos direitos e bens assegurados constitucionalmente. Essa função, reclamada pela Carta Magna ao Poder Judiciário, denota que a questão afeta à duração das demandas judiciais é bem mais complexa do que possa parecer numa análise mais superficial, apressada, ou simplista. Assim, tem-se um quadro em que se almeja, ao menos em tese, que o processo tenha vida que não se prolongue além do necessário, enquanto a maturação do direito exige o decurso de certo lapso temporal, tanto no sentido endoprocessual quanto naquilo que é exterior à relação interpartes. Confrontadas as distintas dinâmicas que envolvem a faceta material e processual do direito, é necessária a busca do equilíbrio entre ambas, de modo a promover-se o respeito ao sistema determinado pela Lei Maior.

Porém, o caráter instrumental do processo, relativamente ao ramo substancial do direito a que corresponde, não pode deixar de ser reafirmado, de modo que não se lhe esvazie de conteúdo. Isso significa que a celeridade não se justifica em razão do processo, mas, sim, por força do bem jurídico que está em jogo através da relação processual.

3 CORTELLA, Mario Sergio. *Não nascemos prontos!* Provocações filosóficas. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 19.

DOCTRINA

Essa diferença é fundamental em tempos, como o atual, em que se afirma a prevalência da métrica, segundo a premissa de que tudo é passível de mensuração, o que, inevitavelmente, permite a criação de um espaço em que os dados de aferição geram uma relação de poder, que, não necessariamente, visam a atender os fins nobres e elevados que são proclamados.

Portanto, há de haver cautela, para que a importação de institutos, facilmente aceitos e palatáveis no campo das relações civis, não acarrete deformação do direito instrumental do trabalho e, assim, do próprio direito substancial veiculado por seu intermédio, pois, se é verdade que o caráter instrumental do direito processual tende à materialização do direito material a ele vinculado, não menos verdadeiro é o sentido de retroalimentação que há entre ambos. Dessa forma, o direito do trabalho não fica imune aos aportes fornecidos pela realidade extraída das demandas judiciais. Antes, pelo contrário, seu sentido de atualidade é potencializado pela evolução da jurisprudência, sendo correto dizer, com arrimo em Javier Jiménez Campo, que “lo que los tribunales dicen nace y vive en el debate procesal y comunitario, pero en tanto ese ‘decir’ no cambie, la Constitución (o cualquier otra norma jurídica) es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella”⁴.

Essa, por assim dizer, via de mão dupla, entre os direitos material e processual, recomenda uma reflexão acerca da manutenção, ou seu contrário, de institutos que identificaram o direito do trabalho como um ramo autônomo da ciência jurídica, por meio da instauração de uma nova ordem processual, no âmbito das relações civis.

2 – PROCESSO DO TRABALHO E CELERIDADE

Apesar de ser contemporâneo à primeira versão do Código de Processo Civil de 1939, o processo do trabalho foi criado e se desenvolveu com considerável autonomia. Dentre as várias explicações para tal fenômeno, a mais convincente parece ser aquela que se relaciona a seu caráter genético. Tanto o processo quanto o direito do trabalho eram sistematizados pelo mesmo texto, a CLT, num momento histórico em que havia a necessidade de acesso, ao trabalhador, tanto aos direitos que eram afirmados pela norma consolidada, mas, acima de tudo, pelo Estado-juiz, na hipótese de inobservância desses mesmos direitos, na hipótese de sua inobservância pelos empregadores⁵. O caráter instrumental do processo do trabalho, quando comparado ao direito material a ele vinculado, é, sob a perspectiva da institucionalização de ambos, flagrante.

4 *Derechos fundamentales*. Concepto y garantías. Madri: Trotta, 1999. p. 14.

5 Acerca do paralelo histórico entre a CLT e o advento do CPC de 1939 e o de 2015, veja-se: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Pela sobrevivência do processo do trabalho: breve discurso para uma ocasião oportuna. *Revista LTr*, jan. 2016.

DOCTRINA

Com efeito, se a jurisdição trabalhista, em si própria, não poderia proteger uma parte em detrimento de outra, dado o princípio da imparcialidade imposto a todos os ramos do Poder Judiciário, vários princípios que viriam singularizar o processo especial eram conformes ao direito do trabalho, este sim, pautado no princípio mais amplo da tutela do trabalhador, o qual, devido à relação de autoinformação recíproca para com o processo do trabalho, de algum modo plasmava-se, também, nos institutos processuais.

Nesse passo, os princípios da simplicidade das formas e do acesso judicial corrigiam, processualmente, a subordinação a que sujeito o trabalhador frente ao empregador. O da gratuidade assegurava a demanda por parte de quem se pressupunha a inferioridade econômica. Já a oralidade destinava-se a conceder voz aos litigantes de forma direta, sem a necessária intermediação de advogado. O princípio da concentração dos atos em audiência remetia ao órgão julgador quase que a uma representação do conflito, por meio da colheita direta das provas. O da celeridade, em decorrência do caráter alimentar dos direitos emergentes da relação jurídica substancial, se impunha como uma exigência de rápida solução dos conflitos, sob o bordão de que a fome não pode esperar.

Essas notas características se mantiveram, no aspecto estruturante do processo do trabalho, muito bem preservadas ao longo dos anos, não obstante as alterações tanto de ordem jurídico-constitucional quanto de índole socioeconômica havidas de 1943 até os dias atuais.

Isso se deveu a que, de um lado, os juízes do trabalho levassem o direito do trabalho a sério⁶. Como isso ocorreu? Tal como no caso italiano, a arquitetura desse ramo autônomo da ciência jurídica é concebida e realizada sob os auspícios do Estado corporativo, que ordenou os elementos constitutivos do direito do trabalho no Brasil, intervindo, de modo hegemônico, na economia e na sociedade civil. Dele, extraiu-se a lógica seguinte: concessão de uma longa relação de direitos individuais *versus* repressão aos direitos coletivos e, por conseguinte, à autonomia coletiva privada⁷.

Ao conferir garantias estritamente jurídicas, o complexo jurídico estado-novista manteve intactas as estruturas de poder, tanto político como econômico. Por sua vez, as garantias do empresariado, com a regulamentação estatal minuciosa das relações de trabalho – regulação que, se não aniquila, ao menos reduz drasticamente o campo de atuação dos entes sindicais, a quem

6 Peço vênia para valer-me da expressão de Ronald Dworkin, em sua magistral obra *Levando os Direitos a Sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002).

7 LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000. p. 25-26.

DOCTRINA

cabe, por excelência, defender os interesses da classe trabalhadora – saltam aos olhos, quando se cria, por seu intermédio, um clima social não conflitivo, criminalizando todas as formas de turbulência sindical, mantendo-se toda uma sorte de obrigações contratuais que tocam estritamente aos trabalhadores, em decorrência do dever jurídico de lealdade, correlato ao direito do empregador de dispor dos meios de produção⁸. Dito de outro modo, a limitação do poder diretivo pela forte intervenção estatal na regulação minuciosa de direitos individuais, ao praticamente fechar o campo à ação sindical, revelou-se extremamente vantajosa ao empregador, ao preservar a estrutura de poder altamente vertical no âmbito interno da empresa⁹.

Portanto, o direito do trabalho nasceu, no Brasil, protegendo, formalmente, o trabalhador, mas essencialmente proporcionando a manutenção do *status quo* em benefício da classe dominante, assim mantendo intactos, sob o aspecto de política interna, o poder diretivo e, sob o aspecto econômico, o monopólio do ganho decorrente da produção.

O Estado Novo, ao conceber um ramo judicial autônomo, o fez não para proteger essencialmente a parte economicamente mais frágil, mas para consolidar o poderio da classe empresarial, política e economicamente mais forte. Como nem sempre o criador domina a criatura, felizmente, os operadores do direito do trabalho construíram uma cultura de tutela do hipossuficiente e a proteção formal do trabalhador passou a alcançar, por intermédio de uma postura positiva da Justiça do Trabalho, maiores doses de proteção substantiva¹⁰.

Por outro lado, o processo do trabalho não sucumbiu à tentação de submeter-se à evolução do processo civil e render-se integralmente aos institutos, mais sofisticados, que permearam esse processo evolutivo. De tal modo, não apenas após a reforma de 1973, mas, igualmente, mesmo em face das alterações ulteriores – embora menos amplas, não necessariamente foram de menor profundidade –, o CPC não teve o condão de descaracterizar o processo do trabalho naquilo que ele tinha de mais essencial¹¹. Dessa forma, propiciou a preservação do direito do trabalho, segundo a sua concepção protetiva.

8 ROMAGNOLI, U. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madri: CES, 1997. p. 93.

9 Daí por que Romagnoli afirma que “os sujeitos privados do liberalismo não são todos os sujeitos, todos os grupos sociais, todas as classes, senão os privilegiados, os grupos sociais superiores, a classe burguesa. Noutras palavras, o sistema é corporativo somente no nome” (*Op. cit.*, p. 93).

10 CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. A Justiça do Trabalho diante da transformação do direito, na perspectiva da dinâmica econômica. *Revista do TRT da 7ª Região*, n. 31, 2008.

11 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Pela sobrevivência...*, cit.

DOCTRINA

É certo que “a natureza fundamental de vários direitos reconhecidos ao trabalhador e o caráter alimentar de que geralmente se revestem os créditos deles resultantes impõem maior celeridade na solução das lides trabalhistas”¹². Para alcançar tal desiderato, a possibilidade de se obter, o mais substancialmente possível, a celeridade, devido ao caráter alimentar já aludido anteriormente, passou a constituir, cada vez mais, verdadeira pedra angular.

3 – PROCESSO CIVIL E CONTRADITÓRIO

O Código de 2015 criou, nos art. 9º e 10, regras sem similar na normativa anterior, mas em sintonia com o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. Trata-se da vedação a que se profira decisão judicial contra uma das partes sem a sua prévia oitiva, ou por fundamento sobre o qual os litigantes não puderam se pronunciar.

No sentido mais tradicional, tem-se o princípio do contraditório asentado, fundamentalmente, sobre o binômio informação e possibilidade de reação, expressado segundo a necessidade de “as partes serem devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo”¹³. De se observar que a esses elementos soma-se a necessidade de que ambos tenham a capacidade substancial de, efetivamente, causar um poder de influência aos atos decisórios supervenientes¹⁴.

De forma que a novidade do conceito contemporâneo de contraditório, tal como adotado pela nova ordem processual, consiste em saltar da posição da denominada paridade de armas, para assegurar que tanto as manifestações das partes, quanto as provas sejam consideradas por ocasião das decisões judiciais (art. 489, § 1º). Assim, o contraditório visa harmonizar, o quanto possível, as realidades de fato e a processual, com vista a que o processo atinja o desiderato de distribuir justiça.

O art. 4º da IN nº 39/2016 dispõe que as disposições constantes dos dispositivos retromencionados são aplicáveis ao processo do trabalho, porquanto tendentes a evitar as denominadas decisões surpresa, constituídas por aquelas em que, no julgamento final do mérito da causa, não importando o grau de jurisdição em que for proferida, dividem-se em dois tipos: *de um lado*, as que aplicam fundamento jurídico não submetido à audiência prévia de uma ou de

12 ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 73.

13 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 22.

14 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 23.

ambas as partes, ou, *de outro lado*, que se embasam sobre fato inserto nessas mesmas condições.

É verdade que a redação dos artigos, considerada em seu aspecto estritamente gramatical, não é boa.

Com efeito, ainda que possa parecer o contrário, a “audiência” prévia da parte contrária é desnecessária, sendo suficiente a concessão, pelo magistrado, da oportunidade para o litigante manifestar-se¹⁵, na medida em que “não há qualquer ofensa em decidir sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual”¹⁶. Ou seja, a mera possibilidade de ser ouvida não se confunde com a necessidade de efetivação dessa oitiva, pois, caso contrário, a se levar ao pé da letra o comando inserto no art. 9º do CPC e do § 1º do art. 4º da IN nº 39/2016, sequer seria possível o julgamento em desfavor do réu, revel – apenas para ilustrar com uma situação extrema. Por óbvio, disso não se trata.

O § 2º do precitado art. 4º suprime do rol daquilo que considera como “decisão surpresa” a que, “à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o direito processual do trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”.

Obviamente inscritas nessa exceção as hipóteses tipificadas no parágrafo único do art. 9º do CPC. Nesses casos, ocorre a mitigação do contraditório, no dizer do professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, mercê do qual o princípio da utilidade – segundo o qual o vencedor deve receber tudo a que tem direito “da forma mais rápida e possível, com menor sacrifício” para ele próprio –, tão relevante quanto o do contraditório, impõe sua sobreposição, sem eliminar a existência do valor reitor, repita-se, o que se assegura o contraditório, calcado na ampla defesa¹⁷.

Porém, levado a extremo, a aplicação do contraditório possui o condão de emperrar a marcha processual e, assim, criar a já aludida tensão diante do princípio da celeridade. Pior. A possibilidade de obstrução a que a jurisdição estatal consubstancia a efetivação de direitos é real, mormente em momento em que a nova ordem processual tanto introduz quanto vitaliza meios não judiciais de composição de conflitos intersubjetivos, que, *grosso modo*, criam enormes

15 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 37.

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC...*, cit., p. 22.

17 Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2016. p. 97.

transtornos quando trasladadas ao campo das relações laborais, porquanto informadas, quase que integralmente, por normas de ordem pública, infensas, por natureza, aos mecanismos de intermediação de conflitos não judiciais.

Portanto, tal quadro tem um potencial desconstrutivo das bases em que se funda a democracia e daninho à imagem do Judiciário, pois, como diz o professor Boaventura de Souza Santos, “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia”¹⁸.

4 – ORDEM CONSTITUCIONAL E MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS

O momento jurídico que vivemos reconhece o caráter central da Constituição, de modo a concebê-la como a matriz referencial de toda a ordem jurídica, o que implica em considerá-la como a fonte primordial de definição, configuração, valoração e interpretação de toda a ordem jurídica. O direito, segundo esse contexto, trasladou-se dos códigos, ordenado segundo a concepção positivista estrita, para as cartas constitucionais. No Brasil, ao assumir o protagonismo dentre as fontes jurídicas, a Constituição teve que retomar uma tripla função, consistente: 1 – na *ordenação*, que compreende o ato de delimitar a produção normativa, estabelecendo as distintas espécies de normas existentes no ordenamento jurídico e competências legiferantes; 2 – na *normatização*, que consiste no sentido de unidade emergente da Constituição, que se plasma em todo o complexo normativo, através da correlação que estabelece entre as normas constitucionais; e 3 – na *identificação*, função por meio da qual nosso ordenamento jurídico se particulariza, diferenciando-se das demais ordens jurídicas existentes nos distintos países, o que ocorre através da Carta Magna¹⁹.

Dois aspectos interessam ao presente estudo no tocante à Constituição de 1988. De um lado, é um exemplo desse giro copérnico, devido à extensa relação de direitos fundamentais que estabelece e à cláusula aberta que permite a inserção de outros bens jurídicos que não estejam diretamente insertos em seu texto, como é o caso daqueles constantes de tratados e convenções internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §§ 2º e 3º). De outro, a consideração de que a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo, assim como a adoção dos meios propiciadores da celeridade de tramitação dessas demandas (art. 5º, LXXVIII).

18 *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 10.

19 Sobre essa realocação, veja-se: CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. Os direitos sociais na Constituição. Vinte anos depois. Promessas e concreção. In: *Direitos sociais na Constituição de 1988*. Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008. p. 19-22.

DOCTRINA

Daí extrai-se a primazia hierárquica dos valores e bens constitucionais, em decorrência da primazia da própria Constituição dentro do sistema de fontes jurídicas. Isso significa que a duração razoável do processo, na qualidade de direito fundamental, assume posição central na ordem jurídica. Quando essa norma central cuida, simultaneamente, da razoabilidade temporal e da celeridade num único inciso, embora isso possa gerar a sensação inexata de sinonímia entre ambos os conceitos, que, apesar da similitude, na verdade, são distintos, é indiscutível a relação de quase inarredável coincidência.

A dupla referência à celeridade e à vida processual não excedente do razoável demonstra o rigor adotado pelo constituinte derivado, que, ao assim proceder, não deixou margem a dúvidas acerca da singularidade e, portanto, diferença entre ambos os conceitos, embora a distinção existente não indique, regra geral, distinção genética, senão conceitual entre ambas as noções, malgrado os riscos que o tratamento indiscriminado possa conter, segundo se verá.

A razão para essa postura talvez se explique pela origem da norma constitucional em apreço, cuja inspiração consiste no princípio da dignidade da pessoa, que, segundo o direito internacional, não admite que o réu penal possa ver consumida sua experiência humana pela perpetuação de demandas processuais. Como no livro homônimo de Kafka, o processo insolúvel transforma o sujeito, potencialmente atingido ou atingível por suas consequências, em objeto, gerando uma espécie de subvertida coisificação do ser humano. Daí por que “o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo”²⁰, inibindo as medidas que vulnerem não o processo – porquanto em si mesmo impessoal, abstrato e, portanto, insensível –, mas toda a gama de garantias afetas aos sujeitos ativo e passivo determinantes da correspondente relação processual.

Nessa toada, o que a duração razoável e a celeridade têm em comum, basicamente, é o propósito de impedir que o processo judicial, ao invés de viabilizar a concreção de direitos, converta-se em mais um fator de sua denegação. Portanto, ao assumir o monopólio da jurisdição e suprimir das partes o direito de fazer justiça pelas próprias mãos, o Estado passa a ter o ônus de fazê-lo sem excessos, dentre os quais o temporal.

Essa premissa básica, emergente da teoria geral, tem plena aplicação ao processo do trabalho, em que, repita-se, um complexo de princípios, como

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 500.

o da oralidade, da simplicidade dos atos, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, dentre outros, deságuam no princípio da celeridade, alicerçando sua efetiva aplicação.

A razão de ser desse estado de coisas está na funcionalidade do processo para alcance dos direitos – quase todos fundamentais, à luz do art. 7º da Constituição – do trabalhador, ordinariamente sujeito ativo das demandas submetidas à competência da Justiça do Trabalho. Com efeito, ao tratar de direitos oriundos da fonte de manutenção única do trabalhador e de sua família, a demanda trabalhista atende à dignidade pessoal humana, estando sujeita aos mesmos efeitos deletérios da delonga indiscriminada.

5 – O MITO DO TEMPO

Existe, pois, uma relação entre direito e o tempo que impõe uma aferição para um mínimo de exatidão do resultado proposto na presente reflexão.

Tempo. A ele se dirige Caetano Veloso como “um senhor tão bonito”. Por sua vez, Reginaldo Bessa afirma que “o tempo não para no porto, não apita na curva, não espera ninguém”. Há um mistério envolto no tempo que os seres humanos vêm se propondo a resolver nas áreas mais diversificadas, como a ciência, as artes, a filosofia. Os resultados revelam que ainda há mais desconhecimento do que saber sobre o tempo.

No que interessa ao presente estudo, deve ser verificada a capacidade de o processo judicial materializar esse direito contextualizado, segundo as perspectivas e as exigências dessa mesma sociedade. A essa reflexão revela-se valioso o recurso ao mito, seguindo o que já fizera François Ost, em sua obra intitulada *O Tempo do Direito*²¹.

Segundo a mitologia grega, a palavra referente a tempo é Kronos, nome do deus fruto do enlace de Urano (céu) e Gaia (terra), que tiveram uma grande prole a partir de um “abraço infundável”²² entre ambos. Ao libertar seus irmãos do Tártaro²³, para cujo interior Urano enviara os recém-nascidos, Kronos passou a comandar os Titãs, num reino sem partilha. Kronos desposou sua irmã Réia, com quem gerou os deuses do Olimpo. Avisado, por uma profecia, de que seria destronado por um de seus filhos, passou a devorar todos os seus sucessores masculinos assim que eram postos no mundo. Porém, Réia conseguiu salvar

21 Tradução ao português: OLIVEIRA, Maria Fernanda. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

22 OST, François. *O tempo...*, cit., p. 9.

23 Personificação do mundo inferior, para onde eram enviados os inimigos do Olimpo para serem castigados pelos crimes que cometiam.

um de seus rebentos, Zeus, entregando a seu esposo-irmão, em lugar do filho, uma pedra envolta em faixas. Ao tornar-se adulto, Zeus revoltou-se contra o pai, a quem obriga a vomitar seus irmãos, valendo-se da ajuda de Métis, a quem coube oferecer-lhe a poção regurgitante. Zeus enviou Kronos ao Tártaro, passando a governar, do Olimpo, o destino dos humanos.

A concepção mitológica de tempo, antes retratada, refere-se à sucessão de fatos passados, presentes e futuros que acabam por determinar a nossa consciência e, por que não dizer, nossa própria existência. É a do tempo cronológico – daí seu nome – sequencial, passível de mensuração, estruturante da nossa condição humana, segundo as tradições mais antigas²⁴. O mito em questão trata do tempo que nasce do que antes era atemporal. Com efeito, é o abraço entre o céu e a terra que permite o nascimento de Kronos. Mas, para que o tempo possa tudo dominar, necessita, antes, vencer o céu. Assim, Kronos se sobrepõe a Urano após cortar seus testículos.

Segundo as mais variadas tradições, o céu é o *locus* para onde, simbolicamente, são dirigidos nossos sonhos e aspirações mais elevados. Portanto, o corte revelado pelo mito revela a ruptura, provocada pelo tempo, com a fecundidade e os valores mais sublimes. Essa ruptura também é reveladora de uma imposição do tempo sobre passado e futuro. Não por outra razão, afirma François Ost que “cortar os testículos de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível”²⁵. Tal negação fica ainda mais evidente na atitude de devorar os sucessores, motivada pelo medo de ser destronado no futuro. Revela-se, assim, por um lado, o intento de refrear, de modo perene, qualquer evolução efetiva²⁶ e, de outro, o medo do novo, daquele que inevitavelmente deve vir.

A negação do passado, no âmbito das relações processuais, considerada na perspectiva posta por Ost, se desnuda através da exigência de aceleração do processo a todo custo. A base dessas teses ditas “atuais” revela, ainda que por mera sugestão subliminar, uma desconsideração dos avanços alcançados pelos institutos componentes do direito processual e, ao mesmo tempo, um menosprezo ao importante papel que a jurisdição estatal desempenha para a obtenção da paz em sociedade. O problema, segundo uma perspectiva teórico-jurídica, inicia-se no ponto em que tal tipo de negativa contraria a ordem constitucional,

24 Segundo a crença judaico-cristã, por exemplo, o mundo material foi criado por Deus, que veio a descansar no sétimo dia. A tradição histórica de várias tribos é contada por meio do encadeamento de fatos.

25 *O tempo...*, *cit.*, p. 10.

26 Por isso, François Ost afirma que “comer os próprios filhos é fazê-los regredir a uma posição uterina, é privar desta feita o futuro de qualquer desenvolvimento” (*Op. cit.*, p. 9).

assentada que está no processo judicial e, portanto, na jurisdição estatal como mecanismo de coesão e pacificação social. Ao fazê-lo, choca-se com aquilo que Zagrebelsky chama de “função unificadora da Constituição, que suprime da lei o papel de medir exclusivamente todas as coisas no campo do direito, convertendo ela mesma, a Constituição, em objeto de medição”²⁷.

6 – CASO CONCRETO: O TIJOLO DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA

A ideia que se pretende inculcar, ao largo da adequação do direito ao cotidiano, fundamenta-se na premissa de que o ato reflexivo, na esfera processual, importa em perda de tempo, não podendo, assim, ser admitido. Esse pensamento, obviamente ideológico, remonta ao palco da materialização do direito, no caso específico do processo judicial. Parte-se da construção, infelizmente crescente, de uma falsa sinonímia, que confunde prestação jurisdicional com o número de processos solucionados.

Porém, não se pode desconsiderar a basilar justificação do processo judicial, em termos de legitimidade democrática, consistente na singularidade do caso concreto, que impõe a norma idônea a ser aplicada, segundo os métodos e técnicas conferidos pela ciência jurídica. De modo que o direito salta do plano abstrato e meramente teórico para o concreto, palpável, que atinge a vida e o cotidiano das pessoas, através dos processos submetidos à jurisdição. Neste sentido, “o caso, para o juiz e para a ciência jurídica, é um acontecimento problemático que estabelece a questão de como apresentar uma resposta ao mesmo, de como resolvê-lo em termos jurídicos”²⁸. De tão evidente, acaba-se por não falar e, talvez, esquecer que o direito, sem desprezo às relevantíssimas contribuições aportadas pela doutrina, acaba por consistir, essencialmente, naquilo que dizem os tribunais²⁹.

Logicamente, o todo jurídico, a que corresponde a jurisprudência, é formado pelas demandas individuais, em relação similar ao oceano e à partícula de água. Porém, a retomada da importância do caso concreto, para o direito, tem evidente repercussão sobre o produto final. Por isso, deve ser analisado criticamente o discurso que pretende induzir, muitas vezes, a uma solução quase fabril, que concebe as decisões judiciais como que expedidas em linha de produção.

Há um outro aspecto, não menos importante, de ordem constitucional, que determina a casuística, qual seja a raiz constitucional de boa parte dos direitos

27 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madri: Trotta, 2009. p. 40.

28 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho...*, p. 136.

29 CAMPO, Javier Jiménez. *Op. cit.*, p. 4.

veiculados por meio das ações postas a juízo. Muitas vezes, são princípios que irão constituir a base jurídica que envolve a pretensão das partes, sabendo-se que, no estágio evolutivo em que se encontra a ciência jurídica, superou-se a supremacia das regras sobre os valores. É no trabalho artesanal, realizado no caso concreto, em que regras e princípios irão manter dinâmica relação de forma particularizada, que o direito será aplicado.

Ainda segundo a perspectiva constitucional, tem-se que boa parte dos direitos sociais passou a ser regulada pela Lei Maior, cujo caráter não é unívoco, mas promotor de interesses conflituosos e até mesmo antagonônicos. O necessário sentido de unidade da Constituição exige da jurisdição que se materializa no processo a solução a essas antinomias³⁰. Portanto, a análise caso a caso dos processos, para que se chegue ao real sentido do direito aplicável àquele suposto específico, é uma real necessidade decorrente da Constituição que nos rege. Impossível que esse ato de construção do direito, pela via processual, se dê sem um mínimo de reflexão. A realidade constitucional imposta a partir de outubro de 1988 revela, pois, a necessidade de construção da ciência jurídica por parte dos seus operadores, juízes e advogados, particularmente numa hermenêutica pós-positivista, em que os juízos de ponderação supõem uma permanente casuística, porquanto a ordem constitucional vigente se fundamenta na supremacia pontual dos valores contidos na Carta Magna. Trata-se do todo jurídico construído individualmente, segundo características de cada caso concreto.

7 – O TEMPO COMO EXIGÊNCIA DA JUSTIÇA. A JUSTIÇA COMO EXIGÊNCIA DE QUALQUER TEMPO

Retomando o mito de Kronos, tem-se que a esterilidade por ele introduzida passa a refletir sobre tudo o que está sob a ação do tempo. Nela se encaixa o ritmo frenético do mundo atual, onde a sensação de que sempre ainda há muito por fazer é a companheira permanente. Sem tempo, não há espaço para o capricho, para o arremate que faz a diferença na ação. A tirania de Kronos, geradora de angústia e aflição, parece que nunca esteve tão consolidada como nos dias em que vivemos, onde o estar numa “aldeia global”³¹ acaba por ser redutor não apenas do espaço físico, mas também do próprio tempo. O mundo que não para possui demandas permanentes, as quais, por sua vez, devem ser imediatamente atendidas. Não há tempo para a pausa. O ócio, campo fértil ao processo criativo, senão relegado a plano secundário, é simplesmente olvidado.

30 Sobre o tema da hermenêutica constitucional afeta às colisões e restrições de direitos, veja-se o nosso artigo *Os direitos sociais...*, cit., p. 40-42.

31 Expressão duramente criticada por vários autores, devido à carga ideológica nela contida e dissimulada.

DOCTRINA

Mais do que nunca, a condição humana parece determinar sermos devorados pelo tempo, vitimados pela tirania de Kronos, impedidos de realizar todo o potencial reservado por Urano.

Sob tal aspecto, fica comprometido o período de maturação de que o direito necessita. Sim, pois o direito vivo é como as plantas e os animais: tem seus ciclos de crescimento. Dito de maneira simples, a justiça necessita de tempo para se consolidar. Mesmo nos sistemas que vinculam sua cultura jurídica a leis escritas, ainda que formalmente a norma produza efeitos a partir do início da vigência por ela assinada – seja na data expressada pela publicação, ou no decurso da *vacatio legis* –, o aspecto da vinculação está relacionado à eficácia. Como se sabe, a lei formalmente em vigor pode apresentar problemas em sua aplicação, devido à injustiça dela emergente (lacuna axiológica), ou em razão da dissintonia entre a norma posta e a realidade fático-social (lacuna ontológica)³². Sem dúvida, o aspecto eficaz da norma tem impacto direto sobre a jurisdição e, portanto, sobre o processo.

Com efeito, quando se observa a construção do direito, é necessário o decurso de tempo considerável para a consolidação desde a criação da norma, não importando a concepção adotada, se *jusnaturalista* ou positivista. A doutrina se forma através de textos, dogmáticos e científicos, preexistentes, sendo relevantes, ainda, os precedentes dos tribunais. A própria expressão “jurisprudência”, atribuída à ciência jurídica, deriva da conjugação dos termos latinos *juris* (direito) e *prudentia* (sabedoria). Revela, pois, que o direito se materializa por meio da reflexão, do sopesar, da serenidade prudente, cujo pressuposto é o tempo³³.

Portanto, ao retomar-se o mito de Kronos, sumariamente relatado anteriormente, observa-se que, do abraço entre céu e terra, nascem divindades, dentre as quais a justiça. Numa visão purista do naturalismo jurídico, o justo é compreendido em seu estado genuíno, da perfeição. Com efeito, é no céu que se encontra a verdadeira justiça, noção que se vê em Rousseau e se mantém, posteriormente, por meio do direito canônico, editado pela Igreja católica. A terra, por sua vez, consubstancia a justiça possível, quer pela tentativa humana de reprodução do justo verdadeiro situado em Urano, tal como defendem os *jusnaturalistas*, quer pela instauração da justiça realizável, encarnada pela ordem legal, segundo a concepção jurídico-positivista, quer, ainda, pelas combinações

32 Sobre as lacunas na ordem jurídica, veja-se: CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. *Os direitos sociais...*, cit., p. 21.

33 Zagrebelsky contrapõe *juris prudentia* a *scientia juris*, dizendo que a última – embora primeira na história do direito – corresponde à racionalidade formal, enquanto a *prudentia* está relacionada à racionalidade material, o que corresponde estar relacionada aos conteúdos (*El derecho...*, cit., p. 123).

entre ambas as concepções tradicionais de direito, encontráveis no que se denomina como pós-positivismo.

Em todas as diferentes concepções do quanto se possa ter por direito, o abraço entre Urano e Gaia representa a união em que a justiça encontra espaço para existir. É no abraço íntimo entre o ideal, o potencial – cujo *locus* é o céu – e o concreto, o que tem condições de existir – entranhado na terra –, que viceja o direito, contemplando sempre, em graus que se diferenciam segundo as distintas concepções, em seu âmago, a justiça. Ainda que o verdadeiro encontro entre os justos, extraíveis do céu e da terra, seja intangível, tal como ocorre na busca do santo graal, a filosofia do direito a ele tem se dedicado e a evolução da ciência jurídica revela momentos em que, de fato, esse amplexo se verifica. Assim sendo, o corte do testículo de Urano, o céu, provocado pela autoimposição de Kronos, o tempo, representa uma fissura na conexão entre as distintas concepções de justiça, com consequências diretas sobre o próprio direito, de tal modo que o mito em questão acaba por ser revelador da carga ideológica contida nos bastidores do discurso do “acelere!”.

Porém, não pode ser desconsiderado que o aspecto de maior relevância temporal para o direito, insista-se, diz respeito à espera das partes pela prestação jurisdicional por meio do Estado. O processo judicial, dentro de uma lógica reparatória, não tem condições de restaurar aos litigantes o *status quo ante*. O produto final do processo, quase sempre, senão em todas as ocasiões, representará uma forma de compensação ao titular de um direito violado³⁴. Porém, essa devolução inexata, na qual consiste, como visto, a reparação, deve se materializar da maneira mais próxima possível do seu objeto, o que inclui, como corolário lógico, a busca incessante da celeridade. Portanto, segundo uma perspectiva estritamente instrumental, a exigência de rapidez da prestação jurisdicional prende-se, fundamentalmente, à busca do maior acercamento possível entre restituição e situação jurídica substancial que deu ensejo à provocação da inércia jurisdicional.

Porém, como bem sabem os assim denominados operadores do direito, o fator tempo atua de maneira antagônica para os litigantes no jogo processual. Pela razão fundante do princípio da celeridade, antes aludida, o detentor do bem juridicamente violado pretende a devida restituição o quanto antes, ao passo que o ofensor intenta, senão impedi-la, ao menos retardá-la o máximo possível. Esses movimentos contraditórios têm óbvias repercussões sobre o processo.

34 Tal regra não se aplica de modo absoluto, como ocorre no caso de demandas com caráter preventivo, ou naquelas afetas a direitos metaindividuais.

DOCTRINA

De um modo simplificado, tem-se que, quanto maior a capacidade do Poder Judiciário para a entrega do bem jurídico violado, logicamente mais próxima está da concretização do próprio direito. Em sentido inverso, quanto menor essa aptidão, mais distanciado o Estado do cumprimento de seu objetivo primordial de afirmar a ordem jurídica em que ele próprio se arrima e não apenas institui, de forma que o direito, enquanto realidade, torna-se rarefeito. Não por outra razão, Rui Barbosa, em sua famosa *Oração aos Moços*, advertia os formandos da turma de direito do Largo de São Francisco, já na década de 20 do século passado, que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada”, a revelar que o próprio direito perece em face de uma assincronia entre a demanda e a reparação.

Esse simples enunciado demonstra que a autonomia científica do direito processual frente ao direito material não pode gerar confusões, nem permitir que a celeridade seja vista de forma isolada. A jurisdição deve ser rápida e, ao mesmo tempo, justa. Rapidez está, portanto, umbilicalmente relacionada com justiça, de modo que a presença de uma sem outra não faz o menor sentido. Nesse sentido e com a costumeira precisão, José Carlos Barbosa Moreira adverte que “se uma justiça lenta demais é decerto má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional seja melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não contudo a qualquer preço”³⁵. O maior problema, que se coloca no debate relativo à duração do processo reside especificamente no custo embutido nos reclames pelo aceleração da demanda judicial. Ou seja, todos estão de acordo, ao menos no discurso, que o processo deve ser mais rápido. O problema residiria em saber o que se perde com isso.

8 – HERMENÊUTICA E OS PRINCÍPIOS QUE ENLAÇAM TEMPO E DIREITO

Para demonstrar que a própria justiça pode estar em risco, convém retomar o cotejo das expressões “duração razoável” e “celeridade” contidas no aludido inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, de forma a tornar perceptível que a sinonímia a elas emprestada mostra-se inexata.

O método estritamente literal de hermenêutica jurídica recomenda que não se despreze nenhum termo ou expressão contida na norma jurídica, tendo como premissa a inexistência de palavras inúteis na lei, o que vale, com muito mais razão, quando se trate do texto da própria Constituição.

35 O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 102, abr./jun. 2001, p. 232.

DOCTRINA

Sendo verdade que a norma em apreço vincula a celeridade na tramitação à duração razoável da demanda, também o é que estabelece uma distinção entre ambas as noções. Caso assim não fosse, bastaria a referência exclusiva à celeridade, ou apenas à duração razoável, para que o constituinte derivado alcançasse o fim colimado pela norma. Não foi o que ocorreu e, tal como visto anteriormente, conforme a técnica de interpretação gramatical, considerando que nenhuma norma contempla excesso vernacular, ou redundância, é de rigor concluir que, ao expressar a duração razoável e a tramitação célere do processo de modo distinto, a Carta Magna instituiu dois aspectos que, embora relacionados entre si, mostram-se inconfundíveis.

Portanto, indo além da técnica gramatical e buscando um sentido para a norma que contemple a distinção contida no texto constitucional, deparamo-nos com o conteúdo regenerador do processo judicial, segundo o qual a relação trilateral instaurada com a intervenção estatal na solução dos conflitos tem por escopo um efeito restaurador, que, fundamentalmente, traduz-se em dois aspectos. Primeiro, solucionando o próprio conflito e, assim, curando as feridas por ele provocadas, de modo que o processo instrumentaliza a reparação da lesão praticada. E, segundo, ao fazê-lo, a demanda promove um efeito de pacificação social, transcendente à esfera de interesses estritos das partes em que situado o conflito.

Para que se alcance esse desiderato restaurador, a jurisdição deverá permitir, através do devido processo legal, uma maturação do próprio conflito. Tal como o direito, a vida processual possui um “tempo próprio”, segundo o qual “ao reviver no seu tempo próprio a cena do conflito, o processo mobiliza o tempo social fundador arrancado à desordem inicial; ao representar o crime em formas e linguagens socializadas, o processo não se limita a repetir o passado; ao redizê-lo ele o regenera”³⁶.

Retomando a metáfora anterior, a cicatrização de uma ferida tem seu tempo, que pode ser acelerado com cuidado, mas que implica em remexer o que está purulento para tratá-lo até a cicatrização. O mesmo ocorre com o processo judicial, que, para alcançar a reparação, ou cura do conflito, mantendo o clima de paz, tem seu tempo de maturação, com a observância de prazos, procedimentos, recursos, provas, enfim, tudo o quanto a ordem processual prevê como de observância necessária para que se chegue à regeneração do que foi potencialmente maculado por uma lesão anterior. Dito de outro modo, o tempo do processo pode ser acelerado através da observância estrita das regras pro-

36 GARAPON, Antoine. Le temps judiciaire. In: *Bien juger*. Essais sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 1997. p. 51 e ss. *apud* OST, François. *Op. cit.*, p. 15.

cessuais, que asseguram, o tanto quanto possível, uma restituição da situação de direito, na qual subjaz a justiça. Neste diapasão, é possível afirmar, sem o receio de incorrer em equívoco e simplificação, que o decurso de certo tempo acaba por ser necessário à restauração do próprio conflito.

Segundo Bourdieu, “o veredicto judicial, compromisso político entre exigências inconciliáveis que se apresenta como uma síntese lógica entre teses antagonistas (...), deve sua eficácia específica ao facto de participar ao mesmo tempo da lógica do campo político, que se organiza em torno da oposição entre os amigos ou os aliados e os inimigos (...) e da lógica do campo científico que (...) tende a conferir um primado prático à oposição entre o verdadeiro e o falso, conferindo um poder arbitral de fato à concorrência entre os pares”³⁷.

Evidentemente que, sob o aspecto político, a aceitação da decisão proferida pelo terceiro alheio ao conflito pressupõe o acerto da decisão segundo as regras do jogo, pois, se há um certo e um errado inatingíveis sob o aspecto subjetivo, consolidado a partir das expectativas e pretensões das partes, esses mesmos aspectos são mensuráveis objetivamente segundo a ordem processual, normalmente cognoscível apenas aos detentores da técnica processual. Logo, o desenrolar da demanda permite uma dialógica propiciadora de uma compreensão do processo pelas partes, o que contribui para a legitimação do próprio sistema.

Dentre os objetivos fundamentais que institui, a Constituição estabelece o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I do art. 3º), o que somente pode ser alcançado por meio, como é óbvio, da conjugação de todos os valores e regras emergentes da Lei Maior, mas, particularmente, através do tempo de maturação que o direito, tanto material quanto o processual, possui. Verdade que há, sim, uma chamada constitucional a um aceleração das decisões judiciais. O mundo contemporâneo, segundo o qual deve ser interpretada a ordem jurídica, como dito e repetido anteriormente, não tolera desperdício de tempo. Há, também, uma imposição à transparência de toda ação estatal (art. 37 da CRFB), na qual incluída a jurisdição prestada. Logo, revela-se assimétrico o retardamento injustificável de demandas judiciais. Porém, e isso é de fundamental importância, a falsa sinonímia entre celeridade e duração razoável pode conduzir a um “atropelo procedimental”³⁸ e, de tal modo, contrariar a ordem jurídico-constitucional que se afirma pretender cumprir.

Os processos, diferentes entre si, como distintos são os ramos do Poder Judiciário e as classes processuais, não têm, como não deveriam ter, uma mesma

37 *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 228-229.

38 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

dinâmica. Um processo célere é, como tal, sabido de antemão, pois diversos outros subprincípios, como o do devido processo legal, determinam, segundo a observância da ordem posta, se tal princípio está presente.

O mesmo não ocorre com a duração razoável, que, por residir na efetividade da prestação havida, “é uma expressão que guarda um conceito indeterminado, razão pela qual somente no caso concreto poder-se-á afirmar se determinado processo teve ou está tendo tramitação com duração razoável”³⁹.

Assim, cada relação processual é singular, envolvendo um conflito específico. O tratamento massificado, meramente numérico dos conflitos, recai na hipótese extremamente arriscada de ignorar as peculiaridades de cada caso e, com isso, não se atinge o fim restaurador objetivado pela jurisdição estatal. Vale dizer, como na vida, em que pessoas distintas vivem, segundo sua própria individualidade, durante números de anos díspares entre si, os processos judiciais assumem caminhos que lhe são próprios, de modo que será razoável a duração mais ou menos célere, segundo os caminhos trilhados por aquela demanda – por exemplo, em ações aparentemente semelhantes, a dilação probatória pode ser totalmente distinta em ambas –, logicamente desde que observado o devido processo legal.

9 – CONTRADITÓRIO E QUALIDADE DA JURISDIÇÃO

Não obstante o afirmado retro, será justamente a razoabilidade temporal do processo um termômetro, ou mecanismo objetivo de aferição do exercício, abusivo, ou não, do contraditório.

A questão que se coloca, então, é a da relação entre quantidade e qualidade das decisões proferidas nas demandas judiciais. Por qualidade, deve ficar bem entendido que não se está a referir, no presente estudo, à erudição dos julgados, com exigência de profundo conhecimento tecnocientífico, expressado por meio de vastas citações doutrinárias e jurisprudenciais. Expressa-se, com a palavra “qualidade”, antes de tudo, a capacidade de uma decisão judicial bem aplicar a abstração normativa à concretude do objeto do litígio, materializando a esperada justiça. Cria-se, por meio dessa relação, uma tensão entre opostos, que pode ser assim enunciada: quanto maior o quantitativo processual, menor o tempo que o julgador terá para discernir cada demanda, individualmente considerada.

39 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 58-59.

DOCTRINA

Num ambiente em que há um desequilíbrio entre o número de demandas judiciais e o de julgadores, uma exacerbação do princípio do contraditório, mediante a criação de incidentes reiterados no interesse da parte que não tenha interesse na solução do conflito, pode ser um entrave não mais à celeridade, mas ao que se entende por duração razoável. Isso representa uma apropriação do tempo processual às avessas, com nefastas consequências ao monopólio estatal da jurisdição.

Partindo da premissa de que “o tempo é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma realidade psíquica”, que François Ost verifica uma relação performativa, onde tempo e direito se enredam, de modo não linear, o que permite o estabelecimento de um “tempo social”, ou “tempo público”, que se opõe ao uso despótico do tempo, gerador do processo de “destemporalização”⁴⁰. O ato de destemporalizar deve ser visto segundo a perspectiva cronológica e, portanto, em consideração à duração da demanda judicial.

Portanto, a problemática do conflito em análise reside num difícil ponto de equilíbrio que deve ser buscado e mantido pelo Estado-juiz: o tempo que, ao ser acelerado, tiraniza, devora, escapa, maltrata, muitas vezes solapando a possibilidade de distribuição efetiva de justiça. Ou, por outro lado, quando dado à malícia ou malemolência de uma das partes, permite o estabelecimento de verdadeiro labirinto, do qual não se consegue mais sair, sem ser vítima do Minotauro da insolubilidade da lide. O tempo e o direito, como visto, são indissociáveis, havendo manifesto impacto de um sobre o outro.

A duração razoável sintetiza, em cada caso concreto, a profundidade das regras do CPC afetas ao princípio do contraditório, tal como regulado na norma comum, ao processo do trabalho, frente ao escopo da celeridade exigida pelo processo especial. A medida será apreciada em cada caso concreto. Mas, a aplicação das normas de índole civil jamais poderá ignorar todo o arcabouço, sintético, porém coerente, em que assentado o sistema processual trabalhista.

10 – CONCLUSÃO

O sistema processual trabalhista, no estágio atual, não permite voltar atrás, de modo a prescindir da aplicação subsidiária do processo civil, segundo o permissivo do art. 769 da CLT. Postular a existência de um sistema processual trabalhista próprio não rende ensejo, como poderiam pretender alguns, refutar a aplicação do CPC, que se pretende, na versão de 2015, um todo unitário, dotado

40 Tais ideias estão plasmadas na já referida obra *O Tempo e o Direito*, podendo ser vistas, de modo sintético, nas páginas 23-46.

DOUTRINA

de coerência interna. Com efeito, a compatibilidade, com o processo laboral, da ordem trazida ao mundo jurídico pelo novo Código é assente na doutrina e apontada pela jurisprudência, merecendo destaque a Instrução Normativa nº 30/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Segundo tal quadro, os sentidos de unidade e de coesão interna deverão ser conferidos pelos institutos, valores e bens constitucionalmente afirmados.

Dentre essas instituições processuais civis, tidas pela aludida IN nº 39/2016 como compatíveis com o processo do trabalho, chama atenção o princípio do contraditório participativo, que, caso aplicado sem o cuidado que requer, pode constituir entrave à materialização dos direitos de natureza alimentar, frustrando, dessa maneira, não apenas o princípio da celeridade, mas a efetividade da prestação jurisdicional, no âmbito das relações de trabalho. A solução, para o conflito que se coloca, tem matriz constitucional, situada no princípio da duração razoável do processo, cuja observância não pode prescindir, na casuística, do alcance do equilíbrio entre os valores em oposição, de forma que se alcance a melhor e mais completa jurisdição possível, dentro do menor espaço temporal.

Não pode ser desconsiderado que, na Constituição da República, não só a carta de direitos sociais é enorme e se insere dentre os denominados direitos fundamentais, como a Justiça do Trabalho é proclamada como ramo especial do Poder Judiciário. A autonomia do processo do trabalho é uma das vigas mestras da especialização de juizados trabalhistas, tal como ocorre em outras experiências comparadas, como na Espanha e na Alemanha. Nesse sentido, a Justiça do Trabalho, como instituição autônoma, não faz sentido sem um processo do trabalho também autônomo, o que exige dos aplicadores da lei uma responsabilidade redobrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales*. Concepto y garantías. Madrid: Trotta, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2016.

CORTELLA, Mario Sergio. *Não nascemos prontos!* Provocações filosóficas. Petrópolis: Vozes, 2009.

DOCTRINA

CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. A duração razoável do processo, a celeridade e a relação que têm com a justiça. In: MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord.). *Refletindo sobre a Justiça do Trabalho*. Estudos em homenagem aos 50 anos da ACAT. São Paulo: LTr, 2013.

_____. A Justiça do Trabalho diante da transformação do direito, na perspectiva da dinâmica econômica. *Revista do TRT da 7ª Região*, n. 31, 2008.

_____. Os direitos sociais na Constituição. Vinte anos depois. Promessas e concreção. In: *Direitos sociais na Constituição de 1988*. Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

GARAPON, Antoine. Le temps judiciaire. In: *Bien jugar*. Essais sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 1997 *apud* OST, François. *Op. cit.*

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 102, abr./jun. 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROMAGNOLI, Uberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madri: CES, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Pela sobrevivência do processo do trabalho: breve discurso para uma ocasião oportuna. *Revista LTr*, jan. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos y justicia. Madri: Trotta, 2009.

INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS EM FACE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: LIMITES IMPOSTOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Arion Sayão Romita*

“(…) i rapporti di lavoro sono rapporti in serie o, come oggi si dice, di massa, la tutela del lavoratore non soltanto è diretta a preservare l’ordine pubblico, ma più generalmente e immediatamente soddisfa un interesse sociale.” (As relações de trabalho são relações em série ou, como hoje se diz, de massa, a proteção do trabalhador não somente preserva a ordem pública, mas também de modo mais geral e imediato satisfaz um interesse social)¹

INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 2.113 do Código Civil italiano, de 1942: “Não são válidas as renúncias e as transações que têm por objeto direitos do empregado derivados de disposições inderrogáveis da lei e das convenções e acordos coletivos concernentes às relações de trabalho”.

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, de 1943, não contém preceito idêntico, mas reza, no art. 9º, que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”; e, no art. 444, que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes”.

Embora sem referência expressa a renúncia e a transação, a lei brasileira, no fundo, reproduz o mesmo preceito do Código italiano, sem embargo

* *Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.*

1 SANTORO-PASSARELI, Francesco. *Saggi di diritto civile*. Nápoles: Dott Eugenio Jovene, 1961. t. II. p. 1.072.

de omitir o caráter inderrogável das normas que preveem os direitos. Não há dúvida, porém, de que os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis e não podem constituir objeto de transação, ante o caráter inderrogável da norma que os assegura.

Essa afirmação é pacífica na doutrina trabalhista brasileira. Para citar apenas um autor, entre todos os que explanam a matéria, lembremos a lição de Evaristo de Moraes Filho: “O direito do trabalho é um direito imperativo, que limita deliberadamente a suposta liberdade de contratar, intervindo o Estado naquela esfera, outrora sagrada, da autonomia da vontade, da doutrina liberal. Escreve o Estado, com sua mão poderosa, a maioria das cláusulas do contrato de trabalho, sendo quase todas de interesse público, irrevogáveis e irrenunciáveis por pactos particulares”².

1 – INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

Essas noções, que eram correntias durante os chamados “30 anos gloriosos” (os posteriores ao término da Segunda Guerra Mundial), sofreram abalo após a crise econômica gerada pela elevação dos preços do petróleo (1973-1979). Mediante negociação coletiva, passou-se a admitir a transação de direitos em determinadas hipóteses, expressa e taxativamente enumeradas (Constituição brasileira de 1988, art. 7º, incisos VI, XIII e XIV). Registra-se forte tendência a estender essa possibilidade a outros direitos, porém, impõe-se o reconhecimento de limites impostos pelos direitos fundamentais.

Na evolução histórica do direito do trabalho, passou-se gradualmente da necessidade de tutela dos benefícios de natureza pecuniária ao reconhecimento das consequências derivadas da implicação da pessoa do trabalhador no desenvolvimento da relação de emprego: se uma das partes (o empregador) utiliza somente valores econômicos e bens patrimoniais, a outra (o empregado) envolve e aplica a própria pessoa, daí a necessidade da adoção de um complexo de garantias particulares atinentes à posição jurídica típica dessa situação³.

Considerando que, de acordo com o disposto no art. 41 da Constituição italiana, de 1948, a dignidade humana constitui limite imposto ao desenvolvimento da iniciativa econômica privada, a doutrina peninsular preconizava

2 MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. v. 1. p. 37.

3 SMURAGLIA, Carlo. Indisponibilità e inderogabilità del diritto del lavoro. In: SANSEVERINO, Luisa Riva; MAZZONI, Giuliano (Dir.). *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Pádua: CEDAM, 1971. v. II. p. 711.

DOCTRINA

a tutela da liberdade moral do empregado, na qual se especificam os valores derivados do reconhecimento da dignidade humana⁴.

Certo, porém, é que, levadas em conta as observações acima, dada a inderrogabilidade da norma, os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis; além disso, são indisponíveis, vale dizer, não podem constituir objeto de transação.

Por limitarem a autonomia contratual dos participantes, as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública⁵. Seus efeitos não podem ser tolhidos pela vontade dos contratantes, vale dizer, trata-se de normas de ordem pública social, por transcenderem o interesse puramente individual e visarem ao interesse social⁶.

Afirma-se que, do ponto de vista formal, o direito do trabalho pode ser qualificado como ordenamento de ordem pública⁷. Na classificação das normas jurídicas em imperativas e dispositivas (*ius cogens* e *ius dispositivum*) o critério decisivo é de ordem pública, pois as normas cogentes são de ordem pública, impositivas, inderrogáveis pela manifestação da vontade dos particulares, vale dizer, são aquelas cujos efeitos não podem ser renunciados pelos pactos privados. Esta noção remota ao direito romano. Papiniano disse: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (o direito público não pode ser alterado pelos pactos dos particulares)⁸. Cabe esclarecer que, no direito romano, *ius publicum* designa as leis de ordem pública (não é direito público, segundo a concepção contemporânea)⁹.

Mas o que é, afinal de contas, ordem pública?

O conceito de ordem pública deriva da correlação existente entre a política e o direito. A ordem pública é o reflexo do ambiente geral da ordem jurídica vigente em determinado momento, em dada sociedade. Por isso, varia no tempo e no espaço. Ela é função da fisionomia social que o legislador retrata por meio do ordenamento jurídico. Fixando os limites dentro dos quais a autonomia de

4 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 347.

5 PERGOLES, Ferruccio. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949. p. 13.

6 KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1974. v. I. p. 13.

7 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. Trad. Élon Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 18.

8 D. Liv. II, tit. 14, *de pactis*, 38.

9 PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fortaleza, 1950. t. I. p. 182.

cada qual pode movimentar-se, deve ser entendida como instrumento técnico do qual se serve a política para impor sua vontade aos indivíduos.

A importância essencial está ancorada nos requisitos básicos que a sociedade estima indispensáveis à sua própria estabilidade. Por este motivo, a ordem pública pode ser definida como “o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e nos bens, na saúde e na tranquilidade pública”.

A ordem pública, em suma, consiste no conjunto de valores e preceitos que, em dado momento histórico, asseguram a coesão básica da sociedade, entendendo-se por coesão (ou solidariedade) social a consistência interna de um agregado social, refletida na capacidade de prevenir ou compor conflitos entre os componentes do grupo e a eficácia dos padrões de defesa externa.

Ante o exposto, deduz-se que, por serem de ordem pública, as normas de direito do trabalho são inderrogáveis, vale dizer, sua aplicação não pode ser impedida pelo consenso dos particulares. Consequentemente, os direitos por elas previstos em favor do empregado são irrenunciáveis em sede individual: caracteriza-se a norma inderrogável como *prius* e a indisponibilidade dos direitos como *posterius*. Por indisponibilidade, entenda-se: irrenunciabilidade e intransigibilidade. Da inderrogabilidade da norma deriva, portanto, a invalidade (ou nulidade: CLT, art. 9º) dos atos de disposição praticados pelo empregado.

2 – TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO

A legislação que regula as relações de trabalho foi implantada no Brasil nos anos 30 e 40 do século XX, diante de circunstâncias históricas, sociais e culturais bem diferentes das de hoje.

No plano da economia, o Brasil era, naquela quadra histórica, “um país essencialmente agrícola”, começando a ingressar no campo da industrialização. Politicamente, vigorava no país um regime caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo, importados da Itália de Mussolini.

No início do século XXI, o Brasil é a nona economia do mundo industrializado e já assimilou os novos métodos de organização do trabalho introduzido pela cibernética e pela informática. Politicamente, o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da Constituição de 5 de outubro de 1988. Parece certo, em consequência, que a legislação do trabalho adequada aos anos 30 e 40 do século XX não se afeiçoa às novas circunstâncias econômicas e políticas do país, no pórtico do século XXI.

DOCTRINA

Para que a solene afirmação lançada na Lei Maior no seu dispositivo inicial não passe de mera norma de fachada, será necessário fazer penetrar a ideia da democracia no campo da regulação das relações de trabalho. A democracia não deve restringir-se ao plano da organização dos poderes do Estado, mas deve também penetrar no âmago da regulação das relações de trabalho. Esta é a tarefa do jurista de hoje: pugnar pela democratização do regramento que preside às relações individuais e coletivas de trabalho. Urge expelir do ordenamento jurídico os resquícios de autoritarismo e corporativismo que ainda maculam a legislação do trabalho brasileira.

A legislação trabalhista brasileira é fruto da atividade intervencionista do Estado, que relega a plano secundário a autonomia coletiva dos grupos.

Quando implantada no país, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: 1º) as relações coletivas de trabalho eram manifestações da luta de classes e suas consequências deveriam ser evitadas a qualquer preço, mediante o estabelecimento da paz social; e 2º) temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade, devendo em consequência ser conjuradas no nascedouro quaisquer possibilidades de rebeliões sociais. O Estado, no desempenho de seu duplo papel de num tutelador dos interesses das classes dominantes e de mediador entre antagonismos sociais, intervém perseguindo diversos objetivos: 1º) desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, a fim de tornar desnecessária a ação sindical; 2º) condicionar os interessados a buscar no Estado a solução dos conflitos ocorrentes; e 3º) outros objetivos, que no momento não cabe analisar.

Como consequência dessa intervenção, abundante legislação é promulgada, em obediência a alguns pressupostos básicos, dos quais cabe destacar: heterorregulação das condições de trabalho; fragilidade – praticamente inexistência – da contratação coletiva; sindicato único imposto por lei e sujeito à intervenção do Estado; sindicalização por categorias; contribuição sindical criada por lei, como instrumento da submissão das entidades de classe ao Estado; competência normativa dos tribunais do trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (logicamente, não há necessidade de greve, se há uma justiça do trabalho dotada de poder normativo); cooptação das lideranças sindicais no *establishment*.

Segue-se, porém, o período iniciado em 1978, que se consolida no ano imediato e se prolonga até os dias de hoje. Esse período se caracteriza pela afirmação de certo número de sindicatos livres da interferência do Estado; autonomia sindical; reconhecimento da autonomia coletiva; atuação de centrais

sindicais surgidas espontaneamente, à margem das entidades “oficiais”; prática incipiente da negociação coletiva; tolerância da greve.

Sobrevém a Constituição de 5 de outubro de 1988, que pretende implantar no país um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º). No campo específico das relações de trabalho, esse desiderato não foi plenamente alcançado. Em parte, é certo que algumas medidas positivas foram adotadas, porém, muito do regime autoritário anterior foi conservado.

Para que o Brasil se constituísse efetivamente em Estado Democrático de Direito, seria necessário que adotasse o modelo da autonomia coletiva para a regulação das condições de trabalho. Em parte, a Constituição de 1988 atende a esse objetivo: dá ênfase à negociação coletiva, consagra a autonomia sindical e empresta regulação moderna e adequada ao direito de greve.

A legislação estatal, imposta de cima para baixo, enrijece as relações de trabalho, quer individuais, quer coletivas. Deixa pouco espaço para a flexibilidade, ou possibilidade, de adequação às exigências de cada hipótese concreta. Esta legislação aumenta de volume constantemente, mas o desemprego reduz o universo de trabalhadores aos quais ela se aplica.

Em certos casos, a rigidez exerce alguma influência não para estimular o empresário a dispensar empregados, mas para desestimulá-lo a admitir novos. E também anima trabalhadores que perderam o emprego, ou enfrentam dificuldades para encontrar o primeiro, à imersão no chamado setor informal do mercado de trabalho.

O tema da flexibilização das leis do trabalho revela-se fascinante porque, no exame desta matéria, o estudioso é obrigado a reconhecer quão procedente se mostra a “confissão de humildade” feita por Otto Kahn-Freund em sua preciosa obra dedicada *ao trabalho e o direito*: ele considera a lei uma força secundária nos assuntos humanos, especialmente nas relações de trabalho. A flexibilização opera seus efeitos, independentemente da manifestação dos teóricos. Muitos destes estudiosos pretendem parar o vento com as mãos: deblateram contra a flexibilização reclamam novas leis rígidas, mas o fenômeno, decorrente de transformações políticas e econômicas, segue seu rumo. Por outro lado, os entusiastas da flexibilização, muitas vezes exagerados ao ponto de postular a desregulação, não percebem que os fatos, no terreno da disciplina legislativa das relações de trabalho, submetem-se à viscosidade típica destes assuntos: a resistência que todo fluído oferece ao movimento relativo de qualquer de suas partes também se verifica nesta matéria, como em quase todas as demais

abrangidas no âmbito da política social, terreno fértil em que as convicções ideológicas dos autores encontram espaço para afirmação.

O direito do trabalho, entendido como o ramo do direito que promove a composição dos conflitos de interesses oriundos da prestação de trabalho subordinado e a adoção de medidas que visem à melhoria da posição social dos trabalhadores, desempenha um relevante papel social, podendo ser utilizado como instrumento da política de emprego. O direito do trabalho, mais do que qualquer outro ramo do direito, sofre a influência das mudanças e das transformações verificadas no campo político, por exemplo, pela instauração do regime democrático em substituição a um regime autoritário, mas também das modificações operadas no ambiente social e na situação econômica.

O direito do trabalho não pode subtrair-se à realidade econômica, política e social.

O conteúdo da relação de trabalho – ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho – não cessa de evoluir sob a pressão dos fatores econômicos, ou, antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade. O direito do trabalho constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre os interlocutores sociais.

Fala-se em crise econômica e em crise do direito do trabalho. A flexibilização seria uma das respostas a elas.

Diante da nova realidade, a palavra-chave do discurso econômico e social dos últimos anos é a flexibilidade do mercado de trabalho. Novamente deparamos questão semântica: o conceito de flexibilidade está longe de ser unívoco e todos – governos, empresários, sindicatos de trabalhadores – o manejam de acordo com seus propósitos específicos. Todos, de modo geral, o admitem, porque ninguém deseja aparecer como defensor do contrário, ou seja, da inflexibilidade. Que medidas, contudo, devem traduzir essa flexibilidade, com repercussão sobre as normas de direito do trabalho? Basicamente, podemos afirmar que a flexibilidade concerne às formas de contratação, à duração do trabalho, à estipulação dos salários, à negociação coletiva e, sobretudo, ao regime de dispensa¹⁰. O objetivo – geralmente aceito sem discrepâncias dignas de nota – seria o de ampliar a produtividade das empresas. O aumento da produ-

10 HOYO, Arturo. La flexibilización del derecho laboral tradicional: tendencias internacionales recientes. *Derecho Laboral*, n. 47, jul./set. 1987, p. 519.

DOCTRINA

tividade pode ser direto, quando resulta de produção adicional por empregado, ou indireto, quando deriva de maior flexibilidade no trabalho.

Se o mundo assistiu a um fantástico desenvolvimento econômico nos anos 1950 e 1960, os anos 1970 sofreram o reflexo da elevação dos preços do petróleo. O progresso tecnológico causou grande impacto sobre o emprego no interior da empresa e sobre a política de emprego na visão global da economia.

A crise econômica dos anos 1980 levou os empregadores, nos países de capitalismo avançado, a exigirem maior flexibilidade do mercado, do emprego e da organização do trabalho. O direito do trabalho passou a ser questionado. O poder dos trabalhadores organizados em sindicatos passou a ser hostilizado: reclamava-se menor ingerência dos sindicatos.

Sustenta-se que está ultrapassada a concepção de estruturas universais do tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência de gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa – eis alguns tópicos da “panóplia” da parceria proposta.

A própria ação do Estado é posta no pelourinho. Os sindicatos reivindicavam, os empregadores recusavam e o Estado decidia “no sentido do progresso social”, a fim de restabelecer o equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho. Afirma-se que essa fase de legislação unidirecional, unilateral, uniforme e autoritária findou. Os trabalhadores não se acham mais em estado de debilidade legal em face dos empregadores, o que é perfeitamente visível nas empresas que atuam no setor monopolístico do Estado.

Preconizam-se vários tipos de flexibilidade: econômica, técnica, social, mas, também, numérica e de gestão. A nova política social patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo, que cobre vasto espectro, desde uma flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego do tempo de trabalho).

O instrumento apto a implementar as medidas de flexibilização do direito do trabalho é a negociação coletiva. Não se pode, porém, admitir que, pela via da negociação coletiva, todos os direitos dos empregados possam ser transacionados. Há limites para a atuação dos interlocutores sociais, limites esses derivados da observância dos direitos fundamentais.

3 – OS LIMITES IMPOSTOS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mercê do crescente prestígio da negociação coletiva, consequências práticas advêm da adoção dos novos métodos de gerenciamento do trabalho, surgidos após as transformações acima indicadas: 1º) mudança do lugar em que se processa a negociação entre empregado e empregador; 2º) mudança do nível da negociação; 3º) mudança do momento em que ocorre a negociação; 4º) mudança da natureza dos direitos negociados.

Atualmente, a negociação entre empregado e empregador se desenvolve nas Varas do Trabalho, quando do ajuizamento da reclamação pelo trabalhador que acabou de perder o emprego. As estatísticas informam que cerca de 60% das ações trabalhistas findam por acordo, de resto previsto e, a bem dizer, imposto por lei. Não por acaso, os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho chamavam-se, até bem pouco tempo atrás, Juntas de *Conciliação* e Julgamento. Só se julgava se fracassasse a conciliação.

Os órgãos de primeiro grau de jurisdição existem basicamente para conciliar. No momento processual da conciliação, os supostos direitos irrenunciáveis, inegociáveis, indisponíveis, etc. do trabalhador despem-se dessas características e passam a constituir objeto de um acordo, quase sempre confortável para o empregador. Os direitos do trabalhador só são indisponíveis na empresa enquanto se executa o contrato de trabalho. Depois disso, tornam-se perfeitamente negociáveis. Pois bem: desloca-se a negociação do espaço físico das Varas do Trabalho para a sede do sindicato ou da empresa. Na prática, as Varas do Trabalho passarão a exercer sua verdadeira função: julgar, e não (predominantemente) conciliar. O lugar da negociação não deve ser a Justiça do Trabalho, mas sim aquele que o contato direto entre os interessados indicar.

No momento atual, a negociação nas Varas do Trabalho se processa com a atuação exclusiva de empregado e do empregador, ambos com a assistência dos respectivos advogados (ansiosos pela celebração do acordo) e sob as vistas do magistrado (também ansioso pela ultimação do ajuste entre as partes para pôr fim ao processo). Esta negociação se dá, portanto, em nível individual. Não há participação do sindicato. Os direitos debatidos são exclusivamente os do reclamante, autor da ação. Não estão em jogo os interesses da coletividade de trabalhadores em que se integra o empregado envolvido no litígio. A negociação desejada, entretanto, é coletiva. Vai interessar a toda a coletividade, não apenas a este ou àquele reclamante, atomizado, considerado individualmente. O nível da negociação se altera: de individual torna-se coletiva. Os interesses dos trabalhadores serão considerados não como objeto de uma negociação

individual processada em juízo, mas como fonte de direito, envolvendo os de toda uma coletividade.

Hoje, a negociação ocorre após o término do contrato de trabalho. As estatísticas demonstram que, em sua esmagadora maioria, as reclamações trabalhistas são formuladas pelo empregado após a dispensa. A Justiça do Trabalho é justiça do desempregado, quando deveria ser *do empregado*. Ou seja, as ações deveriam ser propostas no curso da execução do contrato de trabalho, e não após o seu fim. Cumpre atribuir à negociação a tarefa de regular os contratos de trabalho existentes e os que vierem a ser celebrados posteriormente à vigência da norma coletiva. Daí resultará a redução do nível de conflitividade, porque a norma negociada será espontaneamente cumprida pelos empregadores. O maior interessado no cumprimento da norma é aquele que participou de sua elaboração. Nos dias que correm, o altíssimo nível de conflitividade verificado na prática deriva do caráter impositivo da norma heterônoma, que é aceita porque imperativa (temor da multa administrativa), mas não é acatada, sendo descumprida sempre que houver oportunidade. Implantado o regime de prevalência da autonomia coletiva privada, a Justiça do Trabalho passará a julgar as controvérsias derivadas da interpretação da lei e da norma coletiva, reduzindo-se consideravelmente o número de feitos ora em curso.

Finalmente, a mudança da natureza dos direitos negociados. Segundo o regime ora em vigor, a negociação envolve unicamente direitos de natureza individual, patrimonial e, portanto, disponíveis. A suposta irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei imperativa ao trabalhador, decantada pelos compêndios em obediência a uma tradição já ultrapassada pelas novas realidades econômicas e sociais, existe apenas no papel. Na realidade prática, o crescimento do setor informal e a negociação processada após a extinção do vínculo empregatício ou eliminam pela raiz os supostos direitos (trabalhador removido para o setor informal não tem qualquer direito trabalhista) ou os transformam em direitos negociáveis em nível individual. A realidade atual demonstra que a indisponibilidade dos direitos é noção própria de um passado longínquo: juridicamente, a Constituição de 1988 já transformou tais direitos em negociáveis, fulminando a decantada irrenunciabilidade; e praticamente, como objeto de transação judicial, jamais foram tidos por indisponíveis, uma vez que no acordo celebrado em juízo o resultado da conciliação engloba todas as verbas postuladas na ação em um só valor pecuniário, abrangendo a pretensão em sua totalidade para ensejar a extinção da demanda. Segundo a Constituição, os direitos que constituírem objeto da negociação coletiva serão – estes sim – indisponíveis em nível individual e só mediante novo processo de negociação poderão ser suprimidos, ampliados ou negociados.

DOCTRINA

Cabe, então, atentar para a distinção entre direitos absolutamente indisponíveis e direitos relativamente indisponíveis¹¹, existindo uma graduação hierárquica dos interesses tutelados¹².

A terceira revolução industrial, resultante da globalização da economia e do impacto das novas tecnologias sobre os métodos de organização do trabalho, determina a necessidade da criação de um novo direito destinado a reger as relações jurídicas formadas no mundo do trabalho da sociedade pós-industrial. Este novo direito do trabalho será necessariamente distinto do direito do trabalho clássico.

O mundo capitalista, até então assentado sobre a ortodoxia do gerenciamento convencional, sofre em cerca de duas décadas o impacto de descobertas científicas que vão gerar uma verdadeira revolução tecnológica, abrangendo o mais significativo conjunto de mudanças de toda a história e eclipsando todas as experiências anteriores da vida econômica.

Os avanços da revolução tecnológica não permitirão que as instituições permaneçam inalteradas. O capitalismo sofrerá consideráveis transformações, em face da competição que se desenvolverá em níveis internacionais, já que os capitais, a tecnologia e as ideias passarão a fluir com facilidade por cima das fronteiras.

Instaura-se uma era de incerteza permanente. Os produtos, em rápido processo de fabricação, são constantemente aperfeiçoados e submetidos a deterioração programada, por isso dotados de vida mais curta, a despeito do custo crescente do lançamento de novos itens no mercado. Os Estados e as empresas são levados a selecionar áreas de pesquisa e desenvolvimento: a complexidade das novas técnicas impede que todos busquem alcançar todos os objetivos ao mesmo tempo. Os governos não podem deixar de amparar as empresas nacionais (não necessariamente estatais) porque o fracasso ou malogro na competição efetiva tem efeito devastador na economia interna e afeta milhares, milhões de seres humanos interessados. A revolução tecnológica exige competência.

A função do direito no Estado-providência tradicional se exerce mediante um ordenamento protetor-repressivo, ao passo que, no Estado-providência adaptado à nova realidade, concebe-se o ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional. O legislador resiste à tentação de impor aos

11 LYON-CAEN, Gérard. Derecho del trabajo o derecho del empleo. In: *Evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. p. 267.

12 DE LUCA TAMAJO, Raffaele. *La norma inderrogabile nel diritto del lavoro*. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1976. p. 246 e 269.

atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos aptos a ensejar a esses atores sociais a autorregulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias.

A função dos direitos fundamentais, em tal contexto, cresce de importância. O núcleo duro representado pela gama de direitos denominados fundamentais resiste ao embate dos novos acontecimentos de ordem econômica para reafirmar o império da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito do trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem dupla função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

Uma vez que o contrato de trabalho implica a subordinação e, portanto, a sujeição inevitável da pessoa do trabalhador, poder-se-ia imaginar uma oposição entre o direito do trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. Estes excluiriam a subordinação e, em consequência, aniquilariam o direito do trabalho. Não há, porém, tal oposição irreductível. A aplicação dos direitos fundamentais à relação individual de trabalho pode compatibilizar-se com a subordinação, desde que eles sejam entendidos pelo prisma da limitação dos poderes do empregador. Os direitos fundamentais – como diz Adalberto Perulli – formam a cabeça de capítulo do discurso sobre o controle do poder patronal¹³. No tocante às relações coletivas de trabalho, os direitos fundamentais exercem função relevante na limitação da liberdade negocial, quando se cogita de flexibilizar os direitos dos trabalhadores mediante negociação coletiva.

O Direito do Trabalho clássico, adequado a uma era de prosperidade econômica, fundava-se em verdades absolutas e apostava em certezas inabaláveis. Acreditava-se constituído por institutos eternos e imutáveis, imunes à ação do tempo e invulneráveis aos reclamos da realidade econômica. Era um direito vocacionado à proteção do hipossuficiente econômico e, portanto, estava sempre *in fieri*, em constante expansão, quer no tocante à ampliação do número de sujeitos protegidos, quer na incessante criação de novos benefícios em favor dos empregados, quer no incremento das vantagens existentes. Negava-se a

13 PERULLI, Adalberto. Les droits fondamentaux et le droit du travail. In: LYON-CAEN, Antoine; LOKIEC, Pascal (sous la dir.). *Droits fondamentaux et droit social*. Paris: Dalloz, 2005. p. 213.

possibilidade do retrocesso ou mesmo de paralisia social: mais, sempre mais, cada vez mais, era o lema que o caracterizava, o que inviabiliza a estipulação *in peius*, ou seja, aquela pela qual o trabalhador aceita redução salarial ou supressão de vantagens.

Naquela fase histórica, o direito do trabalho pressupunha a existência de princípios eternamente válidos no tempo e dotados de eficácia universal. Deles, destacava-se o celebrado “princípio protetor” (*rectius*: princípio de *proteção*, pois o princípio pode inspirar, mas não outorga diretamente a proteção). Era um direito integrado por normas coercitivamente impostas pelo Estado à vontade dos particulares. Tais normas se caracterizavam pela imperatividade: cogentes, impunham-se mesmo contra a vontade do trabalhador, tido por incapaz de manifestar validamente sua vontade, ante o estado de inferioridade econômica e social que o estigmatizava. Sequer se cogitava da possibilidade de contrabalançar a debilidade individual pela força cobrada mediante mobilização sindical. A negociação coletiva era desconhecida, ou menoscabada, pois em ambiente político de coloração autoritária (eram numerosos os regimes políticos dessa natureza no período anterior à Segunda Guerra Mundial) a atuação reivindicatória dos sindicatos era reprimida, como produto de ideologias de extrema esquerda.

À luz dessa concepção, fácil é compreender que os direitos assegurados ao trabalhador pelas leis imperativas ditas de proteção ao trabalho fossem tidos por irrenunciáveis, indisponíveis, insuscetíveis de transação, inidôneos a constituírem objeto de negociação (individual) entre empregado e empregador. A possibilidade de negociação coletiva mais tarde foi admitida, por força da crise econômica: sob o acicute da perda do emprego, os sindicatos foram compelidos a negociar a permanência no trabalho a troco de concessões econômicas de menor porte, como redução salarial e supressão de certos benefícios pecuniários.

Falava-se de “direitos inderrogáveis”, mas com evidente desacerto, porque inderrogável é a norma que assegura o direito, não o próprio direito. Esta será irrenunciável, intransacionável, mas não “inderrogável”.

Inicialmente, quer no exterior, quer no Brasil, a doutrina era acorde em asseverar que a irrenunciabilidade do direito deriva da inderrogabilidade da norma concessiva. A norma inderrogável priva o titular do *ius disponendi*. Paolo Greco, por exemplo, sustenta que deve ser a relação de trabalho regulada por normas de ordem pública e, o fato por isso, inderrogáveis pela vontade privada, acarreta a irrenunciabilidade por parte do sujeito a que são atribuídos

os direitos correspondentes¹⁴. Entendia-se que o estado de subordinação do empregado durante a relação de emprego e a redução de sua liberdade de vontade em face do empregador economicamente mais forte tornava indisponíveis os direitos assegurados ao trabalhador¹⁵. A ineficácia da renúncia alcançava todas as fases contratuais: antes, durante a execução e após a cessação¹⁶. Abria-se exceção para os direitos criados no próprio contrato, em virtude de pactuação com o empregador, e bem assim para os “direitos patrimoniais incorporados no patrimônio do empregador”¹⁷.

Atualmente, no Brasil, esta noção ainda desfruta grande prestígio no seio da literatura especializada. Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas “concretiza, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva característica à vasta maioria das normas juslaborais”¹⁸. Pinho Pedreira fundamenta o princípio da irrenunciabilidade das normas de direito do trabalho na imperatividade e na consequente inderrogabilidade das normas de direito do trabalho, todas praticamente de ordem pública e, pois, cogentes, a qual se acrescenta a “presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultantes de sua subordinação ao empregador”¹⁹.

Na verdade, porém, como diz Ojeda Avilés, não há tal: a indisponibilidade não deriva necessariamente da imperatividade da norma e a afirmação contrária expõe-se a equívoco. Deve-se levar em conta que “a regulação imperativa constitui uma técnica limitativa do poder normativo privado, que não influi senão de modo imediato sobre o poder dispositivo, de modo que as duas esferas de poder podem até não coincidir em seu exercício atual”²⁰.

Ante o exposto, deduz-se a existência de duas teorias que buscam justificar a indisponibilidade dos direitos do empregado em sede individual: a) a subjetivista, que a justifica com fundamento no estado de sujeição do empregado em face do empregador, que impede a livre-disponibilidade dos direitos; b) a objetivista, que sublinha a particular relevância dos valores e bens subtraídos

14 GRECO, Paolo. *Il contratto di lavoro*. Turim: UTET, 1939. p. 459.

15 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANNA, J. de Segadas. *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1943. v. 2. p. 84-85.

16 LACERDA, Dorval. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite, s/data (mas 1949). p. 155.

17 LACERDA, Dorval. *A renúncia no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/data. p. 119 e 140.

18 DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

19 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

20 OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 72.

à disponibilidade do empregado, mediante a avaliação de prioridade relevante mais para a coletividade em geral do que para o próprio empregado.

A primeira teoria pode ser hoje tida por arcaica e ultrapassada. Realmente, ela não convence: à inderrogabilidade da norma não corresponde automaticamente a indisponibilidade absoluta dos direitos²¹. Não se trata de uma negação do poder de disposição do trabalhador a propósito dos próprios direitos, mas, sim, de limitação objetiva e funcional da autonomia negocial do interessado. Por isso, são válidos os atos de disposição praticados após a cessação do contrato de trabalho. Caso contrário, seria nula a transação realizada em juízo (conciliação ou acordo de que cuidam os arts. 764, 846 e 831, parágrafo único, da CLT). A invalidade da renúncia e da transação representa, pois, um limite imposto à autonomia negocial do empregado em função da efetiva satisfação dos direitos, valendo acentuar que a debilidade contratual do empregado em face do empregador se registra tanto no curso da relação quanto após a cessação do contrato de trabalho²².

A indisponibilidade não se estende aos direitos patrimoniais, mas alcança os direitos da personalidade. Os direitos, por sua natureza indisponíveis, são imprescritíveis, enquanto os de natureza patrimonial estão sujeitos à prescrição. Não são sujeitos à prescrição os direitos absolutamente indisponíveis, vale dizer, os direitos da personalidade²³.

Insustentável é a tese de que a irrenunciabilidade dos direitos encontra razão de ser na subordinação inerente ao contrato de trabalho e, portanto, cessada a relação, válida seria a renúncia porque deixa de existir a subordinação. A mesma afirmação vale para os argumentos fundados em um suposto (e inexistente) temor reverencial e em um suposto (e inexistente) vício do consentimento. A inderrogabilidade da lei não cessa quando finda a relação contratual. Quem sustenta a tese oposta admite que a norma é até certo ponto imperativa e, após o término do contrato, passa a ser dispositiva. Inadmissível é que a lei seja imperativa até determinado momento para, depois, transformar-se em dispositiva. Esta é a razão pela qual são por lei considerados restritos os efeitos do recibo da quitação, válidos apenas no tocante dos valores nele consignados (CLT, art. 411, § 2º). A renúncia a direitos após a extinção do vínculo é inaceitável, porque a procura de empregos sempre supera a oferta e, nestas condições, o ex-empregado sofre pressão econômica que o impele à prática de atos em seu

21 FERRARO, Giuseppe. *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*. Pádua: Dott. Antonio Milani, 1992. p. 230 e 238.

22 GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci, 1987. p. 436.

23 MAZZIOTTI, Fabio. *Diritto del lavoro*. Nápoles: Jovene, 1977. p. 563.

detrimento. Findo o contrato, o trabalhador se encontra em situação econômica desvantajosa, o que fala em prol da atuação da lei em seu favor.

Escapa à increpação de anulabilidade dirigida aos atos de renúncia a conciliação operada em juízo, porque neste caso pressupõe-se a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes (hipótese assimilada à transação), e não renúncia unilateral, como esclarece Uckmar²⁴. A conciliação, *ad instar* da transação, tem lugar quando há *res dubia*, isto é, quando há incerteza sobre algum aspecto da demanda (exemplos: discrepância jurisprudencial a respeito da interpretação controvertida da lei; incerteza quando a fatos). A conciliação traz vantagens para ambos os contendores, que assim evitam a álea judicial.

Fora de dúvida é que a inderrogabilidade da legislação trabalhista visa não propriamente ao interesse particular do trabalhador individualmente considerado, antes persegue fins de interesse geral ou de ordem pública (interpretação teleológica). Interesse geral deve ser entendido como aquele que possa ser considerado social, na medida em que, embora atinente a determinado grupo, diga respeito à sociedade, entendida em sentido amplo (exemplo: combate ao desemprego). A noção de ordem pública, por seu turno, como visto anteriormente, identifica o complexo de princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico, cujo fim é manter e perpetuar a coesão social.

De qualquer forma, não de ser tidos por irrenunciáveis os direitos da personalidade do trabalhador, tal como dispõe o art. 11 do Código Civil brasileiro de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”²⁵.

Operou-se, portanto, no curso da evolução histórica do direito do trabalho, uma alteração na proposta metodológica aplicável à indisponibilidade dos direitos assegurados individualmente por lei ao empregado. No centro do direito do trabalho não se coloca mais a norma inderrogável *in se* – porque tradicional ou ideal –, mas, sim, o direito indisponível²⁶.

Os estudos doutrinários em torno da questão da inderrogabilidade da norma trabalhista e bem assim da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores

24 UCKMAR, Antonio. Le transazioni e renuncie nel contratto d'impiego. In: *Seritti vari di diritto corporativo e di diritto del lavoro*. Pádua: CEDAM, 1936. p. 339.

25 GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 151 e ss.

26 TULLINI, Patrizia. Indisponibilità dei diritti del lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno. In: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Milão: Franco Angeli, 2008 (3). n. 119. p. 485.

indicam várias soluções, entre as quais se mencionam: 1^a) a distinção entre o momento genético do direito e o direito já adquirido; 2^a) a distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa; e 3^a) a indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo.

O consenso em torno da noção de que a indisponibilidade dos direitos assegurados por lei ao trabalhador só se justifica pela necessidade de reequilibrar a posição da inferioridade socioeconômica do trabalhador ampara a tese de que a indisponibilidade só alcança os atos coevos à constituição da relação. Seria nula, em consequência, por exemplo, a cláusula do contrato que previsse a renúncia antecipada às férias ou ao repouso semanal. Seriam nulos, também, os atos de renúncia aos direitos coletivos como, por exemplo, o exercício do direito de greve. Os direitos já adquiridos poderiam constituir objeto de renúncia. Objetou-se a esta teoria que a dependência jurídica do obreiro, existente durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez cessada a relação, dá lugar a um estado de necessidade econômica que inviabilizaria a renúncia mesmo após a extinção do vínculo²⁷.

A segunda distinção acima aventada, entre indisponibilidade absoluta e relativa, pressupõe a classificação dos direitos em primários e secundários. Os primeiros seriam os derivados de norma inderrogável, como a Constituição (só seriam indisponíveis os direitos garantidos pela própria Constituição), enquanto os outros seriam os direitos patrimoniais assegurados por norma imperativa de natureza ordinária. No primeiro caso, os direitos seriam absolutamente indisponíveis, vale dizer, não se admite, em hipótese alguma, possam eles ser negociados. Já no segundo caso, a renúncia seria válida, porque sobre os direitos poderia ser exercido, em determinadas hipóteses, o *ius disponendi* do trabalhador.

A segunda distinção não se confunde com a primeira, acima referida. Nesta (a primeira) faz-se referência ao mesmo direito, considerado em dois “momentos” diversos da própria existência, enquanto na outra (a segunda distinção) estão em jogo duas situações jurídicas distintas.

A distinção entre direitos primários e secundários pode ser considerada adequada ao direito brasileiro vigente, já que os primeiros se identificam com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados internacionais ratificados, enquanto os demais podem constituir objeto de negociação coletiva, autorizada pela própria Constituição. Aqui, toca-se no

27 ARANGUREN, Aldo. *La tutela di diritti del lavoratore*. Pádua: CEDAM, 1981. p. 24 (v. 7 da Enciclopedia Giurídica del Lavoro dirigida por Giuliano Mazzoni).

ponto crucial da indisponibilidade relativa, ou, em outros termos, possibilidade de estipulação *in peius* mediante negociação coletiva.

A terceira distinção acima indicada, entre indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo, constitui objeto de estudos na doutrina já há quase meio século. Barassi já observara que a preeminência da lei imperativa (destinada a compensar a debilidade socioeconômica do trabalhador) é facilmente justificável, quando aplicada à estipulação individual. Porém, quando entra em cena a entidade sindical, o indivíduo deixa de ser débil. A debilidade do empregado cessa quando, em seu lugar, negocia o sindicato, cuja característica essencial é exercer contra poder em face do empregador (que tem, por natureza, poder econômico). Equilibrados os pratos da balança pela negociação coletiva, já não se justifica a inderrogabilidade da lei. Justifica-se, assim, a estipulação *in peius*, porquanto o sindicato assegura vantagens coletivas mais relevantes em certos casos, sacrificando determinados direitos patrimoniais para obtenção, por exemplo, de garantia dos empregos existentes²⁸. Esta modalidade de negociação já é posta em prática na Europa desde os anos 1960, como esclarece Armand Kayser. Esta nova modalidade de negociação coletiva, apta a fixar níveis de direitos inferiores aos estabelecidos em lei, justifica-se duplamente: 1º) o sistema de negociação coletiva restabelece o equilíbrio econômico entre as partes; 2º) no próprio interesse dos trabalhadores é oportuno considerar as necessidades do grupo, que só o sindicato pode validamente estimar²⁹.

Leva-se em conta a circunstância de que os fatores de inferioridade do trabalhador individualmente considerado são afastados no plano coletivo e, em consequência, não há razão para conservar o caráter cogente das disposições legais, cuja imperatividade decorria unicamente da exigência de reforço da posição individual.

Quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de “disposição” do direito, mas de regulamentação desse mesmo direito. O sindicato age não “dispondo” do interesse individual de cada trabalhador, porém disciplinando suas relações futuras com o empregador. Observa Piera Fabris que, não obstante, tal negociação não tem por objeto a composição dos interesses individuais contrapostos, isto é, os conflitos individuais entre empregado e empregador, mas, sim, a melhor composição final dos interesses da própria coletividade interessada³⁰.

28 BARASSI, Ludovico. *Il diritto del lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 119. v. 1.

29 KAYSER, Armand. Le fonti del diritto del lavoro nel diritto del paesi membri della Comunità. In: BOLDT, G. et al (a cura di). *Le fonti dei diritto dei lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1962. p. 30.

30 FABRIS, Piera. *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 331.

DOCTRINA

Convém não confundir aquisição do direito com modo de exercício de direito. Não se confundem as duas noções: a aquisição do direito não pode ser objeto de renúncia antecipada, mas o modo de exercê-lo pode perfeitamente ser negociado. Assim, seria nula a cláusula da convenção coletiva de trabalho segundo a qual o sindicato concorra com a supressão do direito de férias, porém válida seria a regulamentação, posto que em desconformidade com a lei, para facilitar aos trabalhadores o gozo do direito em atenção às peculiaridades da profissão representada pelo sindicato.

A disponibilidade dos direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva encontra limite nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não podem ser negociados direitos como a honra, o respeito à intimidade, o direito aos repousos, o direito ao salário mínimo, o direito de greve, etc., embora o modo de exercê-los possa e deva constituir objeto de regulamentação pela via da negociação coletiva. São, em resumo, aqueles direitos que a doutrina denomina os “mínimos de direito necessário”³¹.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede coletiva) são os seguintes:

- direitos da personalidade (honra, intimidade, imagem);
- liberdade ideológica;
- liberdade de expressão e de informação;
- igualdade de oportunidades e de tratamento;
- não discriminação;
- idade mínima de admissão ao emprego;
- salário mínimo;
- saúde e segurança do trabalho;
- proteção contra a despedida injustificada;
- direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal e férias);
- direito de sindicalização;
- direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa;

31 REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e negociação coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). *Direito do trabalho – evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 200.

DOCTRINA

- direito à negociação coletiva;
- direito de greve; e
- direito ao ambiente de trabalho saudável.

Estes são os direitos fundamentais do trabalhador na relação de trabalho. São direitos intangíveis, irrenunciáveis, postos a salvo das estipulações *in peius* no bojo da negociação coletiva. A norma coletiva não pode, sob pena de ofensa à dignidade do trabalhador como pessoa humana, negar ao empregado o direito à aquisição de qualquer desses direitos. Não se pretende, com esta afirmação, impugnar o direito dos interlocutores sociais de negociar o modo de exercício desses direitos. Uma vez reconhecido o direito, as partes coletivas podem (e devem), com apoio na autonomia coletiva privada, pactuar o modo pelo qual eles serão exercidos. Tais direitos são direitos fundamentais no trabalho, afirmados em decorrência da proclamação da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser observado pelo Estado Democrático de Direito e pela sociedade que se quer justa e solidária.

4 – CONCLUSÃO

Em 1927, Georges Scelle publicou seu *Précis Élémentaire de Législation Industrielle*, em cuja “conclusão” revela, em síntese, a evolução da regulação das relações individuais de trabalho: no princípio, foi a lei do patrão; a seguir, veio a lei do Estado; no futuro, teremos a lei da autonomia negocial coletiva. Em precioso parágrafo, que merece transcrição na íntegra (para não trair o pensamento do autor), disserta ele:

“No começo, nós nos encontramos em presença de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e imutável do *ancien régime*, o patrão autocrata e proprietário do Código Civil. Após o estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção legislativa, entrevemos o advento de uma regulamentação competente, técnica, autônoma da produção, baseada no consenso e no acordo de seus fatores essenciais: o capital, a força de trabalho e a ciência técnica. A lei unilateral de empregador ou do Parlamento se transforma, pelo contrato coletivo e pelas organizações paritárias, em lei convencional que emana dos próprios interessados, poderíamos dizer em governo direto e democrático da produção.”³²

32 SCELLE, Georges. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 350.

Se visualizarmos o caso brasileiro, chegaremos à triste conclusão de que essa previsão (que conta quase um século) infelizmente não se tornou realidade entre nós. Das três etapas enumeradas por Scelle, só percorremos as duas primeiras: inicialmente a lei do patrão; em seguida, a legislação intervencionista estatal, na qual nos detivemos e dela não nos libertamos. Não se pode dizer que, entre nós, vigora a lei da negociação coletiva. A autonomia negocial coletiva não encontra espaço para manifestar-se, ante a minuciosa e rígida legislação (a partir da própria Constituição) e ainda sujeita a limitação imposta pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Nem é de se esperar que a situação se altere, pelo menos ao cabo de umas 15 ou 20 gerações... Ainda estão bem vivas no inconsciente coletivo dos interlocutores sociais e dos profissionais do direito as noções autoritárias e corporativistas que nos foram legadas pelo Estado Novo getuliano.

Curiosamente, alguns países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal (que viveram experiência política como a que experimentamos nos decênios 1930 e 1940), conseguiram libertar-se dos malefícios do autoritarismo e do corporativismo, enquanto, no Brasil, aquelas ideias vieram para ficar.

O exemplo de Portugal merece ser lembrado.

Ao dispor sobre as “relações entre fontes de regulação”, o art. 3º do Código do Trabalho português (Lei nº 7/09, de 12 de fevereiro) prevê que “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Este preceito reproduz e desenvolve o que já se continha no art. 4º do Código do Trabalho de 2003.

O que vai ser exposto a seguir refere-se ao Código de 2003, mas conserva inteira validade em face do Código de 2009, já que nada mudou, no particular.

A mais importante das normas contidas no Código é, sem dúvida, o art. 4º, que “constitui uma norma fundamental, um autêntico preceito-chave na economia do Código”. Ele é o “símbolo de ruptura com o regime jurídico precedente”³³, já que aboliu o *favor laboratoris*, a bem dizer o princípio basilar e clássico do velho direito do trabalho. Segundo esse abolido princípio – como se recorda –, as fontes de direito superiores prevalecem sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas –, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável ao trabalhador. A regra era da aplicação norma mais favorável ao

33 AMADO, João Leal. Tratamento mais favorável e o art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio? In: AAVV. *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 112.

trabalhador, ainda que contida em preceito de hierarquia inferior, de sorte que só eram admitidas estipulações *in melius*. As estipulações *in peius* eram írritas e sem qualquer efeito. Pois bem, isto mudou: de acordo com o preceituado pelo art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português, “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”.

Como explica Luís Gonçalves da Silva, “a norma permite a intervenção dos instrumentos de regulamentação coletiva, quer em sentido mais favorável aos trabalhadores, quer em sentido menos favorável, uma vez que nesta situação os trabalhadores são representados – instrumentos de natureza negocial – pelos sindicatos, razão pela qual se encontram em situação de igualdade (formal e material) com os empregadores”³⁴.

A partir de 1º de dezembro de 2003, em Portugal, por força do disposto no art. 4º, nº 1, do Código de Trabalho, o negociado prevalece sobre o legislado. Entenda-se: negociado em sede coletiva, e não individual, porque a autonomia proclamada pelo Código é a coletiva (sindicato), e não individual (trabalhador considerado isoladamente). A prevalência da lei sobre o contrato individual é mantida pelo Código: de acordo em o disposto no art. 4º, nº 3, “as normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário”. Vale dizer, no plano individual, como sucedia no passado e continua no presente, as estipulações *in peius* são írritas e sem qualquer efeito (isto é, são nulas, a exemplo do que previsto pelo art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira).

As normas contidas no Código do Trabalho português apresentam dupla característica: são imperativas em face do contrato individual de trabalho e supletivas diante da Convenção Coletiva de Trabalho.

Em face do que resulta do art. 4º do Código, João Leal Amado assevera que “o nº 1 deste artigo traduz (...) um verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, em princípio, o direito do trabalho legislado possui um caráter facultativo ou supletivo em face da contratação coletiva, ou seja, conclui-se que as normas legais serão, em regra, normas *convênio-dispositivas*, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva. Destarte, doravante, o quadro legal poderá ser alterado *in peius* pela convenção coletiva, o que implica uma mutação

34 SILVA, Luís Gonçalves da. Anotação ao art. 4º. In: AAVV. *Código do Trabalho anotado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 83.

DOCTRINA

(dir-se-ia revolução) na filosofia básica inspiradora do direito do trabalho: de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído no princípio da norma social mínima, transitamos para uma espécie de direito neutro em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva³⁵ (grifo do original).

O Código do Trabalho operou, portanto, uma revolução copernicana no direito do trabalho português: dele resulta um “direito do trabalho menos garantístico e mais transaccional, em que aumenta o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual (= estatal) das condições de trabalho – um direito do trabalho que, assim, muda de alma”, como ensina o jurista supracitado³⁶.

Não há dúvida: experiências jurídicas não se transplantam. O exemplo da mudança operada na legislação trabalhista portuguesa em 2003, e conservada pela revisão de 2009, de nada vale perante o direito do trabalho brasileiro. Serve apenas como exercício de imaginação...

35 AMADO, João Leal. *Ob. cit.*, p. 115.

36 AMADO, João Leal. *Ob. e loc. cit.*

O TEMA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO HUMANO NO CONTEXTO HISTORIOGRÁFICO DA CONSTRUÇÃO DE MITOS E HERÓIS QUE FRAGILIZAM AS LUTAS SOCIAIS: PARADOXOS E POSSIBILIDADES

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy*

INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

O mote neoliberal contemporâneo que insiste que o direito do trabalho deva ser pactuado entre as partes contratantes, e não necessariamente legislado, é assunto que sugere reflexões em torno das afinidades entre a história e a normatividade trabalhista. Menos do que uma dádiva de governantes (o que sustenta o *mito da outorga*, entre outros¹), o direito do trabalho é principalmente um palco de lutas e de enfrentamento. Há assuntos relativos à proteção jurídica do trabalho humano, a exemplo do gravíssimo problema da escravidão colonial e imperial, que a tradição historiográfica do direito do trabalho não explora com a profundidade que o assunto exige.

Enfatizam mitologias da outorga os temas da abolição da escravidão (que é um assunto substancialmente trabalhista, em sua feição econômica), da construção do texto constitucional de 1934 e do trabalhismo varguista, a par da resistência ao ideário anarquista, o que se esclarece emblematicamente com um *habeas corpus* em favor de Ernesto Gattai, que o Supremo Tribunal Federal julgou na década de 1930, em pleno período ditatorial de Vargas.

* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP; doutor e mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; pós-doutor em Teoria Literária pela UnB, em Direito Comparado pela Universidade de Boston e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; ex-Consultor-Geral da União e procurador-geral adjunto da Fazenda Nacional.

1 Nesse tema: CAMPANA, Priscila; BOSCHI, Olga Maria. A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas – recuperando outras memórias históricas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009. Conferir também dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2013, *A História dos Direitos Trabalhistas Vistas a Partir de Baixo*, de autoria de Adailton Pires Costa, orientado por Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender.

DOCTRINA

O presente ensaio tem por objetivo ilustrar o argumento do problema historiográfico do direito do trabalho, fazendo-o com estações nos tópicos de uma suposta e equivocada relação que há entre história e direito. Para tal, têm-se referências ao problema escravista, à construção do texto constitucional de 1934, ao mito da outorga propriamente dito e à violência oficial em face dos pregadores do anarquismo. O objetivo é chamar a atenção para o fato de que há capítulos relativos ao delineamento histórico do direito do trabalho que exigem mais atenção. Abolição da escravidão, programas e projetos de partidos operários, perseguição judicial a anarquistas, entre outros, são assuntos que, embora tratados com profundidade por cientistas políticos e historiadores, de algum modo são passados à margem nos textos propedêuticos de direito do trabalho que se lê.

Além do que, e de algum modo, a problematização da construção do passado é ingrediente que aconselha que reformas trabalhistas demandem cautela e parcimônia. Isto é, se o legado juslaborialista não é simplesmente um presente de ilustrados brasileiros (entre eles, e cada um a seu tempo, e a seu modo, Princesa Isabel, Joaquim Nabuco, Oliveira Vianna e Getúlio Vargas) também não pode ser subtraído pelos ilustrados de tempos presentes ou de futuro próximo, sem que se consulte a todos os interessados, capital e trabalho, de modo exaustivo. O direito do trabalho é um construído cultural que se desdobra em ambiente de muita tensão social e de recorrente conflito entre possuidores do capital e vendedores da força de trabalho.

A PROVÁVEL RELAÇÃO EQUIVOCADA ENTRE DIREITO E HISTÓRIA

Direito e história podem viver uma relação equivocada. A forma como se escreve a história do direito pode-se prestar mais para confirmar conclusões presentes do que para investigar situações concretas pretéritas. A história do direito pode eventualmente ser utilizada como argumento, como um adereço retórico, espécie de ornamento, forte no discurso de conteúdo apologético (HESPANHA, 1998). À história do direito reserva-se a *triste tarefa de justificar e legitimar o direito atual* (FONSECA, 1999), protagonizando, assim, uma *função legitimadora* (HESPANHA, 1992). Disfarça-se esse ônus, alegando-se que a história do direito potencializa a cultura geral do operador jurídico, que alarga horizontes, que fomenta a compreensão do presente, que explicita a realidade da experiência jurídica, que apresenta exemplos, que prevê tempos vindouros. É o antigo conceito romano de história como mestra da vida. Ainda que válido, e não se pode negar totalmente essa ideia, não se pode também disfarçar as funções estratégicas para as quais a história tem muito bem servido.

DOCTRINA

A história parece um guarda-roupa no qual todas as fantasias podem ser guardadas. A história do direito nos remete à metáfora da caixa de Pandora, de onde saem modelos e institutos de mínima variação semântica, qualificadores de modelo evolucionista, linear, progressista. Desconfiou-se de uma história identificada com o vencedor e com uma concepção delirante de progresso (BENJAMIN, 1985). A história é também a construção da realidade presente. Nesse sentido, pode-se hesitar em face da interpretação histórica convencional dos juristas. Essa história oficial do direito, que toma o passado com neutralidade, afina-se com o discurso normativo dominante, também pretensamente neutro.

A história do direito é geralmente representada como fio condutor para realidade normativa perfeita, acabada, realizada. Institutos, conceitos, imagens, perspectivas e acontecimentos são utilizados de um modo evolutivo com o objetivo também de se justificar a ordem contemporânea. Reservada à parte introdutória dos textos de doutrina, de exegese, de dogmática, a história do direito protagoniza uma antessala experimental. Sob a problemática impressão de que dá tônica à interpretação, de que alarga horizontes, de que dá densidade à argumentação, de que é uma disciplina formativa por excelência, a história do direito acena com um triunfo da racionalidade instrumental que não mais se justifica.

O direito do trabalho pode oferecer interessante campo para pesquisa e aferição dessas premissas a propósito da utilização da história do direito. Exemplifico com alguns textos veiculados em faculdades de direito, de superlativa excelência, mas que podem ilustrar como se produz a história do direito, no contexto da literatura dos manuais. A história do direito do trabalho é apresentada como uma prévia para os estudos de dogmática, e de algum modo tem-se a impressão de que os vários autores circulam em torno de um repertório comum e inquestionável de passagens históricas. Pode-se exemplificar.

Amauri Mascaro Nascimento em valioso curso de iniciação ao direito do trabalho dedicou dois capítulos ao tema. Apresentou uma história geral do direito do trabalho, que antecede a muito bem elaborada história do direito laboral no Brasil. Começou seccionando o regime de trabalho, invocando a inexistência de normas na sociedade que antecede a Revolução Industrial:

“Na sociedade pré-industrial não há um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho. Predominou a escravidão que fez do trabalhador simplesmente uma coisa sem a possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas.” (NASCIMENTO, 1991, p. 27)

DOCTRINA

Do mundo antigo transitou para a Idade Média, passando pelo modelo corporativo, citando mestres, aprendizes, companheiros, atingindo a locação de serviços, por conta do *locatio operarum* e da *locatio operis faciendi*. Alcançou a sociedade industrial, de modo a identificar a justiça social que informaria a *Bula Rerum Novarum* e o marxismo que percebera a luta de classes, *preconizando a união do proletariado*. Já no século XX indicou a Constituição mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, e Carta del Lavoro de Mussolini, de 1927. Em âmbito de direito de trabalho no Brasil, Amauri Mascaro Nascimento partiu do varguismo, mencionou a Constituição de 1934, o Ministério do Trabalho na década de 1930 e culminou na edição da CLT, de 1943. Enfatizou a elevação dos direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, no texto constitucional de 1988.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk publicaram curso em 1981, dedicando cerca de 10 páginas à história do direito do trabalho. Radicaram esse campo jurídico na Revolução Industrial do século XVIII, à qual vinculam Thomas Newcomen e James Watt. Aquele teria descoberto a máquina a vapor, esse último aperfeiçoara o seu funcionamento da mesma. Indicaram como fonte para essas informações de Edward McNall Burns, um generalista da história universal, muito lido na década de 1970. Como recorrente em Orlando Gomes, tem-se preocupação com outros pontos formativos da experiência jurídica, com a lembrança de que *a história do movimento operário é uma lição de sociologia, que nos fornece a precisa ideia do grupo social oprimido*. Os autores exploraram o mundo liberal clássico, invocaram Adam Smith e J. B. Say e indicaram marcos teóricos no manifesto de Marx e Engels, na já citada *Rerum Novarum* e no Tratado de Versalhes. Já no Brasil, indicaram época que vai até a abolição da escravatura, que é sucedida por época que vai até Vargas, que daria início a um último período (GOMES; GOTTSCHALK, 1981).

Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna dedicaram quase 80 páginas do monumental *Instituições de Direito do Trabalho* para os antecedentes históricos dos temas afetos à disciplina. O índice sistemático informa que comentam a escravidão, a servidão, as corporações, a Revolução Industrial. Apreciaram questões como igualdade, liberdade, capitalismo, proletariado, ação da igreja, a legislação do trabalho e suas forças criadoras, o perfil normativo do juslaborialismo, o direito do trabalho nos textos constitucionais brasileiros. Aristóteles é citado, com sabor de previsão, pelo que o estagirita teria observado que a escravidão desapareceria quando a lançadeira do tear se movimentasse sozinha. Com forte otimismo observaram que:

DOCTRINA

“A completa libertação do trabalhador teria de se fazer mais tarde como consequência da Revolução Industrial e da generalização do trabalho assalariado, numa nova luta, não mais contra o senhor da terra nem contra o mestre da corporação, e sim contra um poder muito maior, o patrão, o capitalista, amparado, pelo Estado, na sua missão de mero fiscal da lei e aplicador da justiça.” (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1993)

Evaristo de Moraes Filho, em obra publicada em 1986, *Introdução ao Direito do Trabalho*, dedicou um capítulo aos fundamentos e formação histórica da disciplina. Informou realisticamente que *o direito do trabalho é um produto típico do século XIX*. Indicou a *Encíclica Rerum Novarum* entre as causas determinantes da intervenção estatal, comungou das críticas feitas aos princípios informadores do assunto no código napoleônico de 1804, bem como relevou a importância de movimentos sociais do século XIX, a exemplo do movimento dos luditas e dos cartistas. Evidenciou a importância da Primeira Grande Guerra para o desenvolvimento do direito do trabalho, e em decorrência, o Tratado de Versalhes, a par, naturalmente, da legislação de Bismarck e da Carta de Weimar, aquela anterior e essa posterior ao grande combate (MORAES FILHO, 1986).

Não se cogita de reparos a essa linha de informações. O registro que pode se fazer, no entanto, é no sentido de que uma apertada síntese não oferece espaço para a indicação de variáveis e de outros elementos que qualifiquem uma outra dimensão do problema. Por outro lado, o espaço dos manuais de direito não seria, necessariamente, adequado para o debate de grandes problemas historiográficos que tivessem alguma influência sobre a questão trabalhista e a respectiva narrativa. O que se ressentia efetivamente é de uma história do direito do trabalho que não seja totalizante e veiculadora de síntese que aponte a realidade atual como um ponto necessariamente ótimo em relação a uma linha evolutiva. Essa tendência é geral, abrange todos os espectros ideológicos, a exemplo de Orlando Gomes e de Evaristo de Moraes Filho, de um lado, e de Arnaldo Süssekind e de Segadas Vianna, de outro.

A CONSTRUÇÃO DAS MITOLOGIAS NA TRADIÇÃO DA HISTORIOGRAFIA DO TRABALHO NO TEMA DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO

A narrativa da abolição da escravidão, em termos de uma suposta compreensão de entrega oficial como reconhecimento de uma situação, é exemplo forte dessa concepção de construção de mitologias. Joaquim Nabuco ilustra o argumento. As contradições que de algum modo marcam a trajetória de Joaquim Nabuco, um dos líderes centrais do movimento abolicionista, podem ser colhidas

DOCTRINA

em extensa obra memorialística, a exemplo de *Minha Formação*, bem como excertos em de *Um Estadista no Império*, biografia que Nabuco redigiu em torno da figura de seu pai, Nabuco de Araújo. Há farto material para investigação da vida, do tempo e das ideias do humanista campeão do abolicionismo. Joaquim Nabuco notabilizou-se pela extraordinária capacidade de argumentador, aglutinador e líder pela inteligência. Porém, também foi muito contraditório, porque revolucionário e ao mesmo tempo conservador. Joaquim Nabuco é o retrato mais bem acabado da cultura brasileira da segunda metade do século XIX, prosa de patriarcas e bacharéis, espremidos por um remorso incurável que os atingia desde o ocaso do imperador, que deixou o país num vapor noturno, como se fosse um escravo fujão, a valer-me de suas próprias palavras.

Era um tempo de escolhas inconciliáveis. Na organização do Estado, Império ou República? Na formulação econômica, agricultura ou indústria? Na literatura, romantismo ou realismo? Na filosofia, o positivismo francês ou o idealismo alemão? Na política, conservadorismo ou liberalismo? Na fixação do regime de trabalho, escravos ou proletários? Na parceria, Inglaterra ou Estados Unidos? O maniqueísmo que o século XIX viveu colocava perguntas irrespondíveis; mal formulados, os problemas refletiam menos o que efetivamente se vivia, do que o pensamento dos que nutriam a existência na exploração inconsciente daquelas contradições.

Expiava-se a culpa na prosaica justificativa da escolha heroica. Na percepção de Luís Martins, “o debate íntimo de Joaquim Nabuco é quase patético, (...) ele discute consigo mesmo, desculpa-se, justifica-se, explica-se (...), essa ânsia de se exculpar-se me afigura profundamente comovedora” (MARTINS, 2008, p. 145). A queda da Monarquia foi também um dos resultados diretos da campanha abolicionista. Esta última anunciou que o Império esgotou-se na própria seiva. Para o monarquista Joaquim Nabuco, a escravidão era uma ilegalidade, uma *trilogia infernal, cuja primeira cena era a África, a segunda o mar, a terceira o Brasil*. Nabuco anotou em seu diário, em entrada de 13 de maio de 1888, que ouvia o próprio nome aclamado no Senado, com o povo em delírio no recinto: era a consagração, que custaria o trono da dinastia Bragança.

Joaquim Nabuco também seguia a geração do pai na admiração incontida pela Inglaterra e pelo pensamento inglês, que opunha ao modelo norte-americano, foco de críticas e comparações, não se esquecendo de que foi nos Estados Unidos, como embaixador brasileiro, que Nabuco viveu os quatro últimos anos de sua vida. Joaquim Nabuco repudiava o presidencialismo, o regime com o qual terá que compor a partir do golpe de 15 de novembro de 1889, em momento que certamente o afetou com uma profunda crise de

consciência. Porém, certa ambiguidade se revelava com a confissão de que o republicanismo também o fascinava:

“É provável que em mim também existisse o embrião republicano: não duvido que, nascido em outra condição, se não tivesse meu pai na mais alta hierarquia da política, (...) eu não tivesse acompanhado o movimento republicano de 1870, do qual faziam parte alguns dos espíritos que me fascinavam.” (NABUCO, 2004, p. 62)

Monarquista que lutou contra a escravidão, instituição que era um dos esteios da Monarquia; revolucionário cuja medida da rebeldia era o gesto sublime da conciliação; admirador de uma Inglaterra ordeira que teimava em se reproduzir em algumas fórmulas norte-americanas; jornalista na Inglaterra e embaixador nos Estados Unidos; filho devoto cuja devoção substancializou-se no abre-te sésamo de fulgurante carreira política; historiador, publicista, memorialista e diplomata, Joaquim Nabuco é a síntese das tensões que marcaram a passagem da Monarquia para a República. Embora livre das idiossincrasias dos positivistas, dos maneirismos dos militares e das intenções ocultas das oligarquias do café, em Joaquim Nabuco são nítidas as contradições de um tempo indefinido. São várias ambiguidades, dissolvidas em reminiscências que transitam em páginas de uma história na qual a explicação era a própria narrativa.

Quanto aos fatos propriamente ditos da questão escravocrata (que é também um problema central no direito do trabalho, especialmente pelo legado de injustiças que deixou) à cordialidade da alma nacional (HOLLANDA, 2012, p. 52), opõe-se uma violenta legislação de submissão do escravo. Esta foi enfatizada por uma cultura marcada por vestígios de sadismo, como Gilberto Freyre nos dá conta nos estudos sobre *Os Escravos nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX* (FREYRE, 1979). Um discurso oficial apontava para as vantagens do Bill Aberdeen (1850), regra inglesa que proibia o tráfico de escravos e que resultou em atitude brasileira de falsa aderência, de onde radica a compreensão de lei ineficiente na expressão “lei para inglês ver”, a exemplo dos desdobramentos fáticos da Lei Eusébio de Queiróz (1850). A Lei do Ventre Livre (1871) é exemplo também significativo dessa aleivosia normativa², dado

2 Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871: “Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Magestade o Imperador e Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral Decretou e ella Sancionou a Lei seguinte: Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre. § 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãi terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se

que efeitos concretos da regra somente surtiriam efeito quando a Lei Áurea (1888) já fora discutida, aprovada e divulgada. De igual modo, a Lei dos Sexagenários (1885), que, em princípio, liberava o proprietário de escravos de obrigações previdenciárias, como sugere a manutenção de quem já não deteria condições para trabalho. Pode-se arriscar na intuição de que a Lei Áurea e a Lei dos Sexagenários a ninguém concretamente beneficiaram.

Ao longo do século XIX havia uma legislação escravista cotidiana marcada por fortíssima opressão. Era intensa a perseguição aos capoeiras; prescrevia-se pena de 100 açoites para os capoeiras presos em flagrante delito. Capoeiras presos deveriam trabalhar em obras públicas. Por outro lado, escravos que lutassem na guerra de independência seriam libertos, com imediata indenização para os proprietários. Escravos fugitivos eram apreendidos cobrando-se uma taxa do proprietário, denominada *despesa de apreensão*. Escravos aprisionados por pequenos delitos seriam castigados correccionalmente e entregues aos donos. Persistiam medidas policiais que tinham como destinatários os escravos e os *pretos forros africanos*, a exemplo do que se colhe em decreto baixado em 14 de dezembro de 1830, de crueldade incompreensível para os dias contemporâneos³.

dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. (...) PRINCEZA IMPERIAL REGENTE. Theodoro Machado Freire Pereira da Silva”.

- 3 “Art. 1º Nenhum escravo, cujo senhor for morador na cidade, vilas ou povoações, e viva em companhia deste, e bem assim nenhum escravo que residir em fazenda ou prédio rústico de qualquer denominação que seja, poderá sair, aquelle da cidade, vilas ou povoações, e este da fazenda ou prédio rústico em que habitar, sem consigo levar uma cédula datada, e assinada por seu senhor, administrador, feitor ou quem suas vezes fizer, em a qual se indiquem o nome e naturalidade do escravo, seus mais salientes sinais, o lugar para onde se encaminha e o tempo pelo qual deva valer a referida ramais. Art. 2º O escravo que se achar fora dos lugares designados no precedente artigo, sem a sobredita cédula, será immediatamente preso e remetido a seu respectivo senhor para o castigar, guardada a moderação devida, no caso, porém que o escravo não declare a quem justamente pertence ou seu senhor não seja conhecido pelo aprensor, aprensore ou outras pessoas, que possam informar este respeito, será sem demora remetido ao Juiz territorial do lugar em que se verificar a apreensão pelo de Paz do respectivo distrito, o qual por edital (que por bem deverá mandar imprimir nas folhas, havendo para isso comodidades) afixado no lugar mais público e nos immediatos do que se efetuou a apreensão, fará de mesma constar, designando todos os sinais do escravo apreendido, por que possa vir a ser conhecido, e assim também da sua remessa. Art. 3º Nenhum preto ou preta, forros africanos, poderá sair da cidade, vilas, povoações, ou fazenda, e prédio em que for domiciliado, a título de negócio ou por outro qualquer motivo, sem passaporte que devera obter do Juiz criminal ou de Paz do lugar, a arbitrio das partes os quaes somente lhe concederão precedendo exame da regularidade sua conduta por meio de três testemunhas que a abonem (caso não seja conhecida e abonada pelo mesmo Juiz) e em tais passaportes não somente se indicará o nome do individuo, que o requereu, seus mais distintos sinais, e o lugar para onde se encaminha (como é de costume) mas também se designará o tempo, por que devam durar os ditos passaportes, por quanto há toda a presunção e suspeita de que tais pretos são os encenadores e provocadores dos tumultos e comçoões, a que se tem abalançado os que existem escravidão.”

DOCTRINA

As Atas do Conselho de Estado nos dão conta de que o assunto – escravidão – era tratado de um modo pouco sensível, e que o elemento econômico era preponderante em todas as discussões que o assunto despertava. É o que se colhe, por exemplo, com extrato de ata referente a um pedido de clemência de sentença de pena de morte, imposta a escravo por ter assassinado seu proprietário. Recomendava-se que o Imperador não concedesse a graça, nos impressionantes termos que segue, reproduzindo-se o que central para colocação do problema:

“Às 5 horas da tarde no Paço da Boa Vista sob a Augusta Presidência de Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro Segundo, achando-se reunidos os Conselheiros de Estado abaixo-assinados e os Ministros e Secretários de Estado, a saber: (...) declarou o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, que esta conferência tinha por objeto a Consulta do Conselho de Estado sobre o deferimento, que deva ter o recurso para o Poder Moderador, interposto pelo réu Camilo crioulo, da sentença, que o condenou à pena última, pela morte feita a seu Senhor o finado Felipe Néri de Carvalho; e para que o Conselho de Estado, como Sua Majestade Imperial houve por bem ordenar, consulte com o seu parecer a este respeito (...). Finda a leitura das sobreditas peças, entrou esta matéria em discussão, e dignando-se Sua Majestade o Imperador pô-la a votos, foi ponderado pela maioria dos membros do Conselho de Estado: que a sentença, de que se trata foi justa, por quanto o recorrente, contra quem se acha provado, que fora o matador que seu senhor, ficou por este fato sujeito à pena de morte, em que foi condenado conforme o art. 1º da Lei de 10 de junho de 1835. Que esta Lei reclamada pelas circunstâncias particulares do Império não pune com outra pena os escravos, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave ofensa física a seus senhores ou senhoras, a descendentes ou ascendentes, que em companhia destes morarem; o administrador, feitor, e às mulheres destes, em cuja companhia vivam; e estabelecendo para tais casos um direito especial. (...) Que Sua Majestade o Imperador atenderia melhor a essas circunstâncias peculiares do Império, que reclamaram como necessário o direito excepcional estabelecido pela sobredita Lei de 10 de junho de 1835, se fechando os ouvidos aos sentimentos do seu coração, considerasse o recorrente fora do Estado de merecer da Sua Alta Clemência alguma graça. O Senhor Alves Branco prometeu apresentar o seu voto em separado. Eu, José Cesário de Miranda

Ribeiro, do Conselho de Sua Majestade o Imperador, e do de Estado, e Secretário deste Conselho, escrevi esta ata e também a assino.”⁴

Há registro de reunião do Conselho de Estado, realizada em 1867, quando se discutiu o tema da abolição⁵, no qual se colhe o conjunto de opiniões relativo a esse gravíssimo assunto. O Imperador pretendia encarregar uma Comissão, tirada do próprio Conselho de Estado, a quem se incumbiria da confecção de um projeto de lei que resolvesse a questão emancipatória. O ponto comum era o impasse e a remessa do assunto para futuro próximo, ainda que se reconhecesse a necessidade de uma solução civilizada. Colhe-se da mencionada ata que o Visconde de Abaeté “julgava preciso que se tomasse uma medida direta a fim de pôr termo à escravidão no Brasil; que a opinião do mundo civilizado, assim como os interesses permanentes do país, exigia que se não esperasse o remédio a esse mal somente da ação natural do tempo, que pelo único efeito da lei natural dos óbitos só em três séculos se chegaria aquele resultado, que todos desejam”. O Visconde de Jequitinhonha aceitava a manumissão imediata dos que nascessem de ventre escravo depois da promulgação da lei, especialmente porque acreditava “(...) possível que as nações cristãs olhem [olhassem] com indiferença para a continuação dessa tirania social no Brasil, esperando somente da lei inexorável da morte, a extirpação de tão feio cancro”.

O Visconde de Itaboraí julgava conveniente a emancipação. Não admitia, no entanto, que se marcasse um prazo para a extinção total. Defendia que se devesse aguardar o fim da guerra do Paraguai, preocupado com o fato de que a abolição imediata lançaria o país à agitação e aos perigos. O Conselheiro Paranhos temia o mal moral das vendas de escravos nos leilões que se fazia. O Conselheiro Souza Franco exigia que se aguardasse o fim da guerra do Paraguai. O pai de Joaquim Nabuco (Conselheiro Nabuco de Araújo) entendia que deveria se manter os escravos sob a responsabilidade dos proprietários até certa idade, com a contraprestação de serviços gratuitos; o Conselheiro justificava a proposta argumentando que seria do interesse das mães e das crianças.

O Conselheiro Torres Homem propunha que a lei deveria ser marco do início do prazo para a libertação, mantendo-se as situações já consolidadas. O Barão de Muritiba afirmou que, na presença das nossas dificuldades políticas e econômicas, a manumissão deveria ser a mais restrita possível. Cogitava de um prazo de 10 anos, por exemplo, findo o qual não se poderia mais explorar o trabalho escravo. Além do que defendia a instituição de um imposto sobre as sucessões em que a herança contivesse escravos. O Visconde de São Vicente

4 Ata do Conselho de Estado, de 27 de julho de 1843.

5 Ata do Conselho de Estado, de 9 de abril de 1867.

DOCTRINA

argumentava que certamente não conviria dar liberdade a crianças que seriam abandonadas à miséria e a desmoralização, tampouco seria possível criá-las à custa do Estado. Por fim, o Visconde de Jequitinhonha lembrava que haveria problemas em se libertar indiscriminadamente os escravos, porque as mães eram escravas, no contexto de regra do direito romano, que dispunha que *partus ventrem sequitur*, isto é, a maternidade era o traço definidor da escravidão.

Mesmo após a abolição da escravidão, o assunto suscita várias polêmicas. Por exemplo, há uma tradição historiográfica que remonta a Nina Rodrigues, que responsabiliza Rui Barbosa por uma ordem que teria como resultado a queima dos documentos relativos à escravidão, em poder de repartições públicas submetidas à autoridade do Ministério da Fazenda, logo após a proclamação da República e também da abolição da escravidão. Rui foi Ministro da Fazenda ao longo do governo provisório de Deodoro da Fonseca, isto é, de 1889 a 1891. É de seu tempo a crise financeira do encilhamento, bolha inflacionária que marcou o início de nossa era republicana. A ordem para a destruição de documentos da escravidão teria sido dada por Rui, na qualidade e na autoridade de ministro, em despacho datado de 14 de dezembro de 1890, e cumprido por intermédio de circular, datada de 13 de maio de 1891. À época da circular, Rui já não era mais o chefe da pasta da Fazenda; o executor da ordem fora seu sucessor, Tristão de Alencar Araripe.

Esse assunto, a queima dos arquivos, foi esgotado em estudo de Américo Jacobina Lacombe, que argumentou em favor da memória do advogado, jornalista e político baiano. Gilberto Freyre, ao que consta, também teria imputado a Rui a responsabilidade pela queima desses documentos, cuja destruição teria desprezado a memória nacional. Porém, há algo mais em jogo nesse enigma de nossa historiografia. A queima dos arquivos da escravidão trata-se, na sempre feliz expressão de Lacombe, de uma pedra de escândalo em nossa história cultural. Acrescento que é mais problema que decorre de uma tentativa da construção de uma história do direito do trabalho. Mais.

A quais documentos se refere mencionada queima? Eram livros de matrícula, de controle aduaneiro e de recolhimento de tributos, que se encontravam nas repartições do Ministério da Fazenda. Qual a importância desses documentos? Eram comprovantes de natureza fiscal que pudessem ser utilizados pelos ex-senhores de escravos para pleitear a indenização junto ao governo da República. Havia um grupo de escravocratas, que se autoidentificava como o grupo dos *indenezistas*, que pretendia receber do governo republicano uma indenização pela perda dos escravos, e das respectivas rendas, hipotecas e garantias, cuja causa fora a abolição dessa instituição hedionda e execrável.

DOCTRINA

Pode-se sustentar que a queima dos arquivos, ainda que à época supostamente justificada pela necessidade de apagarmos os resquícios de nódoa terrível de nossa história, poderia ter tido como causa uma justificativa instrumental: privar os escravocratas da instrução necessária de processos indenizatórios. Pode-se invocar que o objetivo era preservar ao Tesouro, minar uma litigância que se avizinhava, bem como colher elogios por atitude que à época era qualificada como liberal e humanitária. Simbolismo e gestos libertários estavam em voga, justamente porque nada fazíamos para resolver efetivamente o problema da escravidão proscrita, isto é, educando, protegendo, qualificando, albergando e libertando de fato (e não apenas de direito) o beneficiário da Lei Áurea.

A QUESTÃO DA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA PROTEÇÃO AO TRABALHO HUMANO NA ERA REPUBLICANA, ESPECIALMENTE NA ERA DE VARGAS

A construção do direito trabalhista republicano segue um roteiro muito familiar, no qual há uma efetiva exaltação de personagens em desfavor de uma luta. A Constituição de 1934 e a CLT são apresentados como os pontos centrais dessa trajetória. A Constituição de 1934 é documento de época, com características expressivas de seu tempo, marcado por intensa polarização ideológica, revelando arranjos institucionais inovadores, a par de algumas peculiaridades. Algumas, a exemplo da representação classicista, foram de efêmera duração, outras, a exemplo da justiça eleitoral e do mandado de segurança, persistiram, despontando como predicados característicos do constitucionalismo brasileiro. No limite, a historiografia tradicional do direito do trabalho radica o modelo de proteção na Constituição de 1934.

Precedida por intenso trabalho de uma comissão de notáveis, conhecida como Comissão do Itamaraty, na qual preponderaram João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Temístocles Brandão Cavalcanti e Castro Nunes – entre outros –, a Constituição de 1934 foi debatida em animada Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou texto diverso do documento da Comissão; inclusive pela extensão e por algumas questões essenciais. No projeto da Comissão não houve espaço para a representação classista na Câmara, modelo que foi adotado pela constituinte.

Os debates da Comissão do Itamaraty registram as preocupações que marcavam aquele momento histórico, ainda dependente das incertezas do governo provisório de Getúlio Vargas (FAUSTO, 2006, p. 42). O governo provisório de Vargas fora institucionalizado por um decreto de 11 de novembro

de 1930, como ato de legalização de um compromisso (CARONNE, 1978, p. 17), acordo que foi frequentemente ressaltado, nas discussões originárias na Comissão do Itamaraty, especialmente nas intervenções de Oswaldo Aranha e de Góes Monteiro.

A Constituição de 1934 tratou de várias matérias de natureza não constitucional, propiciando texto analítico – no que foi criticada por Carlos Maximiliano –, realçando uma tradição do constitucionalismo brasileiro, pródigo em Constituições extensas e abundantes em pormenor. Trata-se de um ambiente constitucional de extrato de inovações úteis ou inevitáveis, na precisa expressão de Afonso Arinos de Mello Franco, em biografia sobre seu pai, Afrânio de Mello Franco, presidente de comissão que preparou um anteprojeto que foi discutido por uma Assembleia Nacional Constituinte (FRANCO, 1976, p. 1.044). A Constituição de 1934 ensaia um Estado de Bem-Estar Social que irá permear os arranjos constitucionais futuros, a exemplo de alguns excertos da própria Constituição de 1988.

Ainda chefiando um governo provisório, que organizou com a vitória dos rebeldes que culminou na deposição de Washington Luís, Getúlio Vargas de algum modo cumpriu compromisso assumido ao longo da marcha revolucionária, ao baixar o Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, fixando o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições a uma Assembleia Constituinte, criando também uma Comissão para elaborar um anteprojeto de Constituição que seria discutido. Em seu Diário, em entrada datada de 3 de maio de 1933, Getúlio Vargas registrou a eleição para escolha dos constituintes, que denominou de “grande pleito”, anotando que estava “(...) cumprida a palavra do governo provisório, apesar de todas as descrenças e dos embaraços criados por uma paradoxal Revolução Constitucionalista, feita preventivamente para realizar uma constitucionalização já com data marcada” (VARGAS, 1995, p. 208-209). Com alguma euforia, anotou também que os jornais da capital teriam sido lisonjeiros sobre “(...) o pleito e a correção da atitude do governo” (VARGAS, 1995, p. 209).

A Comissão fora criada sob a presidência do Ministro da Justiça, Francisco Antunes Maciel Júnior, que delegou a uma Subcomissão, chefiada por Afrânio de Mello Franco, a condução dos trabalhos. O grupo se reuniu no Palácio do Itamaraty, onde funcionava o Ministério das Relações Exteriores, o que explica a denominação que recebeu, “Comissão do Itamaraty”.

Quanto à representação classicista, assunto que interessa ao presente estudo, tem-se a impressão de que a Comissão estava dividida. Inclusive João

Mangabeira, então um político de fortes marcas progressistas, não se animava para votar em favor de uma Câmara inteiramente formada por representantes das classes econômicas e profissionais. Invocava, porém, que não seria possível iludir a realidade: “Não existem, diante do Estado, apenas cidadãos ou indivíduos; existem, também, associações profissionais e sindicatos”⁶. Era, no entanto, um prático, que dizia que não se dava com estudos arqueológicos, e que examinava a política “à face do presente”⁷. A representação classista não foi aprovada pela Comissão do Itamaraty, o que teria desagradado a Vargas, que utilizou o Código Eleitoral para implementar esse modelo (DULLES, 1967, p. 131). Na Comissão, Góes Monteiro era favorável à representação classista, no que afinava com Getúlio Vargas⁸, ainda que afirmasse que a fórmula não poderia ser rígida, devendo ser eventualmente rediscutida e até revista⁹.

Na Comissão, o pensamento conservador era defendido por Oliveira Vianna, patrono de políticas de eugenia, discípulo de Alberto Torres, com quem comungava de fortíssima ideologia nacionalista, como fator moral de confiança num projeto nacional (TORRES, 1978, p. 71). Vianna era um crítico do sufrágio universal, cuja ideologia reputava vinda de “(...) estranhas terras, que nada tinham conosco e que desconheciam nossa formação social” (VIANNA, 1987, p. 240). Quanto à representação classista, propôs um modelo gradual, que começaria com representações municipais, para tratar de assuntos locais, com posterior e paulatina ampliação, no contexto do que denominava de “revolução demorada”¹⁰. Oliveira Vianna também ofereceu importantes contribuições em matéria de direito do trabalho, uma de suas especialidades. Nas discussões referentes ao salário mínimo discordou da fixação de um salário nacionalmente unificado, entendendo que os valores deveriam estar “(...) de acordo com as condições de vida de cada região”¹¹.

A Comissão do Itamaraty conclui seus trabalhos apresentando um texto repleto de inovações, que rompia radicalmente com a tradição liberal da Constituição de 1891. Seguiu da Comissão a efetiva Assembleia Constituinte, que funcionou ao longo de oito meses, entre 1933 e 1934, e contou com 214 deputados gerais e 40 deputados classistas. Entre os parlamentares, nomes importantes da memória histórica nacional, como João Alberto Lins de Barros, Bias Fortes, Christiano Machado, Plínio Corrêa, Cincinato Braga, Carlota Pimenta de Quei-

6 5ª Sessão, 28 de novembro de 1932.

7 14ª Sessão, 26 de dezembro de 1932.

8 6ª Sessão, 1º de dezembro de 1932.

9 9ª Sessão, 8 de dezembro de 1932.

10 6ª Sessão, 1º de dezembro de 1932.

11 38ª Sessão, sem indicação de data de realização.

DOCTRINA

róz (a primeira deputada da história do Brasil), Olegário Mariano, Agamenon Guimarães, Prado Kelly, Raul Fernandes, Pedro Aleixo, Odilon Braga, Nereu Ramos, Victor Russomano, Levi Carneiro, Euvaldo Lodi, Roberto Simonsen, Horácio Lafer, Carlos Maximiliano, entre tantos outros. A ideia central consistiu em modelo de contenção ao Executivo; o resultado, inesperado, foi a reação golpista de 1937, com a instalação do Estado Novo (POLETTI, 2012, p. 33).

O texto final da Constituição de 1934, tal como aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, ficou muito diferente do documento elaborado pela Comissão do Itamaraty. A Comissão construiu texto substancialmente mais simples e enxuto, com 136 artigos. Há autores finais do texto da Constituição de 1934 que não levaram em conta as preocupações de Carlos Maximiliano e elaboraram texto extenso (187 artigos, contra os 91 artigos da Constituição de 1891), no qual havia muita matéria de índole não constitucional. Fortíssima foi a presença do constitucionalismo de Weimar, especialmente porque “(...) se o neopresidencialismo weimariano era útil ao messianismo que então se criava em torno de Vargas, seu neocorporativismo convinha ao imemorial patrimonialismo ibero-americano” (CHACON, 1987, p. 142). Para outro autor, “a nova Carta Magna [Constituição de 1934] sofreu decisiva influência da Constituição de Weimar, é um reflexo sul-americano dela, catalogando-se nosso regime não mais como uma democracia liberal, e sim como uma democracia social, com a poderosa ampliação da atividade do governo no campo econômico” (PINTO FERREIRA, 1971, p. 112).

Trata-se de um texto substancialmente de época, nacionalista, com restrições à liberdade econômica, cuja ordem deveria ser organizada “conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida social” (art. 115). O intervencionismo revelava-se também em regra que dispunha que a lei deveria promover o amparo da produção, estabelecendo condições de trabalho, na cidade e no campo, “tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país” (art. 121). A legislação trabalhista que será sistematizada na Consolidação das Leis do Trabalho era elencada, inclusive com disposições sobre salário-mínimo, o qual, no entanto, deveria atender “as condições de cada região” (art. 121). O traço mais característico da Constituição de 1934 era a representação classista, que não fora pensada pela Comissão do Itamaraty, como acima registrado. No texto final fixou-se que a Câmara dos Deputados seria composta por representantes do povo, “eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais (...)” (art. 23).

DOCTRINA

A Constituição de 1934, de curtíssima duração, foi vilipendiada pelos aliados de Vargas. Um deles, intelectual a serviço paradoxal de uma técnica de construção de um Estado totalitário a serviço da democracia, registrou, em texto inflamado, que “com três anos de execução nominal, só restava da Constituição e da máquina criada por ela uma carcaça imensa a que a vida fugira, mas que continuava a pesar sobre os ombros do povo, confiscando-lhe, para manter-se, boa parte de sua fortuna e do seu trabalho, e tentando congelar-lhe, nas suas formas arcaicas, a espontaneidade da vida política” (CAMPOS, 2001, p. 46). Um dos mais importantes estudiosos do texto de 1934 sardonicamente observou que aquela Constituição nunca fora revisada, e nem emendada: fora rasgada, pelo golpe que Getúlio deu, em 1937 (POLETTI, 2012, p. 41).

A Constituição de 1934 catalisou os dilemas políticos da década de 1930, captando tensões que decorriam do insuperável dissenso entre o liberalismo e o conservadorismo, tendências que albergavam e também disfarçavam as antíteses entre o capitalismo e o totalitarismo que começava a triunfar na Europa. É um documento de época, e que captou suas ambiguidades e perplexidades. Negando percepção de que nossos modelos institucionais apenas reproduzem ideias fora de lugar, a Constituição de 1934 de fato enfrentou problemas latentes, a exemplo da legislação trabalhista.

A CLT foi concebida e divulgada em ambiente carregado de propaganda. Assinada e divulgada no Estádio de São Januário, então lotado, no mesmo local onde dois anos antes fora assinada a criação da Justiça do Trabalho. Getúlio vinha sistematicamente fixando regras de fundo laboral. Por exemplo, o Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930, criava Secretaria de Estado com a denominação de Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio¹², núcleo do Ministério que em seguida se cria, também por decreto¹³. No ano seguinte Getúlio baixou decreto regulando a sindicalização das então denominadas *classes patronais e operárias*, definindo, principalmente,

12 “O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil DECRETA: Art. 1º Fica criada uma Secretaria de Estado, com a denominação de Ministério dos Negócios do Trabalho, Indústria e Comércio, sem aumento de despesa. (...) Rio de Janeiro, em 26 de novembro de 1930, 109º da Independência e 42º da República. GETÚLIO VARGAS. Oswaldo Aranha.”

13 “Decreto nº 19.667, de 4 de fevereiro de 1931. Organiza o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, de acordo com o disposto no art. 1º, do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, DECRETA: Art. 1º O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, criado pelo Decreto nº 19.433, de 26 do novembro de 1930, será constituído pela Secretaria de Estado e pelos Departamentos Nacionais do Trabalho, da Indústria, do Comércio, do Povoamento e de Estatística. (...) Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 1931, 110º da Independência e 43º da República. GETÚLIO VARGAS. Lindolfo Collor.”

as várias esferas e possibilidades de ação¹⁴. Em 1932 regulou o horário de trabalho no comércio¹⁵.

Porém, bem menos do que uma generosidade do chefe de governo, as demandas trabalhistas traduziam programas partidários que se divulgavam ainda em fins do século XIX. Exemplifico com aspectos do programa do Partido Operário do Brasil (junho de 1890)¹⁶, com um novo programa desse mesmo partido

-
- 14 “Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil DECRETA: Art. 1º Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da República e por intermédio do Ministério do Trabalho, Indústria e Commercio, os seus interesses de ordem econômica, jurídica, hygienica e cultural, todas as classes patronaes e operárias, que, no território nacional, exercem profissões idênticas, similares ou conexas, e que se organisarem em sindicatos, independentes entre si, mas subordinada a sua constituição ás seguintes condições: (...) Art. 8º Poderão, igualmente, os syndicatos pleitear perante o Ministério do Trabalho, Industria e Commercio: a) medidas de protecção, auxilios, subvenções, para os seus institutos de assistência e de educação, já existentes ou que se venham a crear; b) a criação, pelo Governo da Republica, ou por collaboração deste e dos Governos estadoaes, de serviços de assistência social que, por falta de recursos, não puderem ser instituídos ou mantidos pelos syndicatos; c) a regularisação 11 horas de trabalho, em geral, e, em particular, para menores, para mulheres e nas industrias insalubres; d) melhoria de salários e sua uniformisação, em egualdade de condições, para ambos os sexos; fixação de salários mínimos para trabalhadores urbanos e ruraes; e) regulamentação e fiscalisação das condições hygienicas do trabalho em fabricas, em officinas, em casas de commercio, usinas e nos campos, tendo-se em conta a localisação, natureza e aparelhagem technica das industrias, sobretudo quando offerecerem perigo á saúde e á segurança physica e mental dos trabalhadores, ou quando, tendo-se em vista o sexo, a idade e a resistência orgânica dos mesmos, se lhes difficultar ou reduzir a capacidade productiva, pelo uso de machinismos deficientes ou inadequados, ou por má distribuição ou má divisão do trabalho; f) medidas preventivas ou repressivas contra infracções de leis, decretos e regulamentos que prescreverem garantias ou direitos ás organizações syndicaes. (...) Rio de Janeiro, 19 de março de 1931, 110º da Independência e 43º da Republica. GETÚLIO VARGAS. Oswaldo Aranha. Lindolfo Collor.”
- 15 “Decreto nº 21.186, de 22 de março de 1932. Regula o horário para o trabalho no comércio. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, RESOLVE: Art. 1º A duração normal do trabalho efetivo dos empregados em estabelecimentos comerciais, ou secções de estabelecimentos comerciais, e em escritórios que explorem serviços de qualquer natureza, será de oito horas diárias, ou quarenta e oito horas semanais, de maneira que a cada periodo de seis dias de ocupação efetiva corresponda um dia de descanso obrigatório. (...) Rio de Janeiro, 22 de março de 1932, 111º da Independência e 44º da República. GETÚLIO VARGAS. Afranio de Mello Franco.”
- 16 PROGRAMA DO PARTIDO OPERÁRIO DO BRASIL (19 de junho de 1890). Apressar, quando for possível, as leis necessárias para tornar as habitações dos operários mais higiênicas, confortáveis e baratas, com meios fáceis de condução. Apresentar leis imprescindivelmente urgentes para melhor educação dos filhos dos operários. Tomar as medidas necessárias para obter a diminuição dos impostos sobre os gêneros de primeira necessidade. Organizar, sem perda de tempo, um montepio dos operários pelo qual eles encontrem amparo no caso de doença e proteção no caso de falta de trabalho, invalidez ou de velhice. Reformar o sistema judiciário a fim de dar ao pobre a mesma justiça que ao rico, evitando as delongas a que está sujeito, atualmente, o acusado antes da sentença.

(1893)¹⁷, com aspectos do programa do Partido Operário Socialista (1895)¹⁸, do programa do Centro Socialista de São Paulo (1896)¹⁹, do programa do Partido Socialista do Rio Grande do Sul (1º de maio de 1897)²⁰, bem como do programa do Partido Socialista Brasileiro (28 de agosto de 1902)²¹. Registra-se, assim,

-
- 17 NOVO PROGRAMA DO PARTIDO OPERÁRIO DO BRASIL (4 de janeiro de 1893). Art. 13. Criação de bolsas do trabalho. Art. 17. Construção de habitações higiênicas, cômodas e agradáveis, levadas a efeito pelos municípios. Art. 22. Proibição do trabalho a crianças menores de 12 anos. Art. 26. Fixação de oito horas para o dia normal do trabalho e sua redução equitativa nas indústrias nocivas à saúde, e de cinco horas para os trabalhos noturnos. Art. 28. Determinação do mínimo dos salários pelo custo mínimo das necessidades da vida social, a cargo de comissões especiais, eleitas por indivíduos das respectivas oficinas das mesmas localidades.
- 18 PROGRAMA DO PARTIDO OPERÁRIO SOCIALISTA (12 de outubro de 1895). Sufrágio universal; Instrução gratuita e obrigatória; Redução do trabalho a oito horas; Justiça gratuita e igual para todos; Interdição (de trabalho) para os menores de 12 anos.
- 19 PROGRAMA DO CENTRO SOCIALISTA DE SÃO PAULO (21 de janeiro de 1896). Defender a causa da instrução popular, cooperando para que a instrução profissional seja ministrada pelo estado, só no caso de haver falta de profissionais. Abolir toda a sorte de privilégios. Instituir tribunais arbitrários, constituídos por patrões e operários, destinados a julgar das contestações entre essas duas partes. Redução do dia de trabalho a 8 horas. Dividir o salário em duas partes; uma fixa, outra dependente do trabalho diário. Socorrer os operários em caso de greve ou de moléstias. Construir casas para operários, fazendo-lhe a transmissão da propriedade mediante uma amortização que será constituída por uma parte do aluguel. Diminuição gradual, até a completa abolição, dos impostos de consumo, sendo estes substituídos por equitativos impostos diretos, tornando assim menos pesadas as contribuições que suportam as classes desfavorecidas da fortuna.
- 20 MANIFESTO DO PARTIDO SOCIALISTA DO RIO GRANDE DO SUL (1º de maio de 1897). *Para grandes males, grandes remédios*. O Partido Socialista tratará, como as primeiras exigências da atualidade, de conseguir o seguinte: – Redução oficial do dia de trabalho a 8 horas; proibição do trabalho em oficinas aos menores de 14 anos; e para os de 14 a 18 anos de idade redução do labor a 5 horas; supressão do trabalho noturno em todos os ramos em que isto seja possível. Estabelecimento, por meio de eleição, de tribunais de arbitragem compostos de proprietários e trabalhadores, a fim de resolver conflitos ou desacordos entre patrões e seus operários. Fiscalização de todas as oficinas por inspetores retribuídos pelo estado, eleitos, a metade pelo menos, dentre o operariado e encarregados de examinar as condições higiênicas, a segurança das máquinas daquelas etc. Construção de prédios, à custa do estado, sob todas as regras da higiene, para moradia de proletários, mediante aluguel equitativo. Assistência médica e gratuita, por meio de postos sanitários, onde continuamente, quer à noite, quer de dia, se encontrem médicos e medicamentos à disposição das classes pobres, sendo tais postos estabelecidos à razão de um para 500 habitantes. Abolição do pagamento dos registros de nascimentos e óbitos e de sepultamentos.
- 21 MANIFESTO E PROGRAMA DO PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO (28 de agosto de 1902). *Programa Máximo* – empregar esforço constante para mover e aviventar o sentimento e a razão de cada um, e para atrair à causa socialista os inteligentes e operosos da classe privilegiada; promover e propugnar a constituição das câmaras de trabalho, das associações de artes e profissões e de resistência para os melhoramentos imediatos da vida operária; estimular a opinião pública para obter uma séria legislação em defesa do trabalho, especialmente dos camponeses, de modo a tutelar a vida e a saúde dos operários e, particularmente, da mulher e da criança; exercer pressão constante do trabalho sobre o capital, para que se consiga a limitação das horas do trabalho, e que as greves dos operários venham a ser as reguladoras do aumento dos seus ordenados, e da conquista dos seus direitos sociais; tornar assídua a participação dos operários na vida pública, para a fiscalização das rendas públicas, e do modo por que são elas empregadas na satisfação das necessidades mais comuns dos menos protegidos da fortuna; *Programa Mínimo* – seja o dia de eleição marcado para o domingo. Horário máximo de oito horas de trabalho para os adultos, de seis horas para os menores de 14 a 18 anos, e proibição do trabalho dos menores de 14 anos. Descanso obrigatório de 36 horas contínuas, ou dia e meio, por semana.

que em período que antecede muitas vezes mais de 30 anos à entrega da CLT já havia forte exigência para com a contemplação de direitos trabalhistas, que muitas vezes transcendiam a demandas trabalhistas propriamente ditas.

A COMPLICADA RELAÇÃO DO TRABALHISMO VARGUISTA COM O ANARQUISMO

Deve-se levar em conta também intenso movimento grevista, ocorrido principalmente nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, que indicavam pressão popular de algum modo fragilizada pela narrativa trabalhista convencional. Tem-se forte influência do pensamento anarquista de origem italiana, e o caso de Ernesto Gattai, que chegou ao Supremo Tribunal Federal, pode ser da premissa uma importante ilustração, como segue.

Em 1937, a Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil (como então se chamava o Supremo Tribunal Federal) julgou o Habeas Corpus 26.643, impetrado pelo advogado René Souza Aranha Lacazé em favor de Ernesto Gattai, sobre quem incidia ameaça de expulsão do país. O paciente fora acusado da prática de atividades subversivas. Era tido como comunista, perigoso à segurança pública; a situação ganhava dimensão dramática na medida em que o interessado era natural da Itália. Cuidava-se de tentativa de expulsão de estrangeiro reputado como nocivo à segurança nacional. Questão muito recorrente na década de 1930, a exemplo, entre outros, das expulsões que atingiram Olga Benário Prestes e Genny Gleiser. O problema radicava em polarização ideológica que marcou aquela época, que se viu dividida em direita e esquerda, opondo integralistas e comunistas. Sobre as duas tendências pairava olímpicamente Getúlio Vargas, que maquiavelicamente explorou a contradição que então se desenhava.

Estávamos na ditadura de Getúlio Vargas: era o tempo do Estado Novo, que paradoxalmente também se identificava com a construção do direito do trabalho. À época fazia-se devassa de acusados de simpatia para com o co-

Responsabilidade penal e civil dos patrões nos acidentes do trabalho nas oficinas. Instrução laica e obrigatória para todos os menores até 14 anos, ficando a cargo do estado ou das municipalidades, nos casos em que seja necessária a manutenção dos educandos. Criação de tribunais arbitrais, nomeados dois terços pelos operários e um terço pelos patrões, para resolverem sobre as divergências que entre as duas classes se produzam. Igualdade de retribuição, desde que haja igualdade de produção para ambos os sexos. Separação efetiva da igreja do estado. Supressão das prerrogativas do clero e devolução ao Estado dos bens cedidos por este ao clero. Adoção de uma lei de divórcio, com dissolução de todos os vínculos. Neutralidade absoluta do estado nos conflitos entre o capital e o trabalho. Liberdade efetiva de reunião e de greve. Reconhecimento do direito da maioria nas greves. Abolição dos arts. 204 e 207 do Código Penal, limitando a liberdade da greve e a ação e organização das agremiações de resistência entre os trabalhadores. Absoluta proibição do pagamento dos salários em gêneros de consumo. Pensão aos inválidos e a todos os operários com mais de 60 anos de idade.

munismo. O enjaulamento dos inimigos do regime era a regra (cf. RAMOS, 1994). Apoio discreto das Forças Armadas (CARVALHO, 2005, p. 62 e ss.) e participação ativa de advogados destemidos (cf. DULLES, 2001) também marcam esse tempo, de triste memória.

Gattai era mais um imigrante italiano que cruzara o oceano embalado na utopia anarquista, com a cabeça cheia de sonhos e de projetos, que se desfizeram com o confronto com a vida real, dissolvida em sociedade ainda cheia de preconceitos, e de difícil assimilação. Não obstante ideologia de sabor oficial que rezasse uma outra cantilena, que decorria de um cânone oficial que pregava a utopia racial, a realidade era dura, outra, sentida na pele pelos quinta-colunas, como se chamariam os egressos dos países do eixo: alemães, japoneses e italianos. A questão ganhou sabor especial, no caso de Gattai, historicamente vinculado com militância anarquista e comunista. Ernesto Gattai sofreu com a tentativa do governo Vargas de expulsá-lo do país. Fora acusado de fazer propaganda do comunismo. E por ser estrangeiro, tentou-se matizar que era nocivo à vida nacional, o que justificava o processamento do decreto de expulsão, que se sucederia à prisão, em face da qual Ernesto Gattai se insurgiu mediante em *habeas corpus*.

A tese centrou-se na prova de que Ernesto Gattai era cidadão brasileiro, embora não tivesse nascido no Brasil. Tocou-se no problema da cidadania fática, que caracteriza a nacionalidade derivada. Radicado no país, Gattai deveria ser tratado como brasileiro. Narrou-se sua trajetória, sua vinda da Itália, bem como o modo como constituiu família e adquiriu bens em nosso país²². Os fatos narrados evidenciavam a intenção de Ernesto Gattai no sentido de ficar e viver no Brasil, como se brasileiro fosse, dado que para a tese então

22 “Vindo da Itália, onde nascera, em companhia de seu pai, Arnaldo Gattai (...) em março de 1891, desde essa época o paciente reside no Brasil, domiciliando na capital de São Paulo (...). Neste país, o paciente contraiu matrimônio com Angelina Da Cól, perante o Oficial do Registro Civil do Distrito do Brás, em São Paulo, e, segundo as preceituações da legislação brasileira (...). Desse matrimônio advieram cinco filhos, todos nascidos em São Paulo, a saber: *Remo*, nascido em São Paulo, aos 25 de novembro de 1906 (doc. n° 4); *Wanda*, nascida em São Paulo aos 9 de setembro 1908, ora casada com José do Rosário Soares (doc. n° 5); *Vera*, nascida em São Paulo, aos 20 de fevereiro de 1911, ora casada com Paulo Fillol de Lima (doc. n° 6); *Mario*, nascido em São Paulo, aos 5 de novembro de 1913 (doc. n° 7); e *Zélia*, nascida em São Paulo, aos 4 de agosto de 1916, solteira (doc. n° 8). Ora, o paciente é proprietário de *bens imóveis* situados no Estado de São Paulo, como bem demonstram os documentos anexos ns. 9 e 10. É *um cidadão brasileiro*, por força do que dispõe o n° 5 do artigo 69 da Constituição Federal de 1891, cujo princípio é mandado observar pela disposição explícita do inciso *c* do art. 115 da vigente Constituição. Ora, o paciente Ernesto Gattai, que vindo para o país em 1891, aqui contraiu matrimônio pela legislação brasileira, tem filhos natos do Brasil, tem propriedades imóveis no território brasileiro, reside ininterruptamente no país desde que para cá imigrou e, pelo conjunto dos seus atos fundadamente frisou a firmeza da sua intenção de ser *brasileiro* e, o sendo por expressa disposição constitucional reconhecedora de todos estes pressupostos que conferem ao estrangeiro a nacionalidade brasileira, não pode ser passível de expulsão.”

alavancada, Gattai brasileiro era. Gattai casara-se no Brasil. Tivera filhos aqui nascidos, entre eles a memorialista Zélia Gattai. Ernesto Gattai residia no Brasil de modo ininterrupto, desde a vinda com seu pai. Aqui adquirira propriedades. No entender do impetrante o paciente era efetivamente brasileiro, e nesse sentido não poderia ser expulso do Brasil. Em linhas gerais invocou-se a condição do paciente que, embora nascido na Itália, teria cidadania brasileira. É que o art. 69, § 5º, da Constituição Federal de 1891 referendava o decreto da *Grande Naturalização* que seguiu à Proclamação da República. A referida passagem do texto constitucional de 1891 declarava brasileiros os estrangeiros que possuíssem bens imóveis no Brasil e que fossem casados com brasileiros, ou que tivessem filhos brasileiros, contanto que residissem no Brasil, a menos que houvesse manifestação de intenção de que manutenção de nacionalidade originária. A regra aplicava-se objetivamente ao caso que se tinha. De fato, era inegável a circunstância de que Gattai era efetivamente brasileiro.

Tentava-se qualificar o paciente como nacional. Isto evitaria a expulsão. Gattai possuía residência fixa no Brasil, era casado, tinha cinco filhos e não mantinha nenhuma relação com a Embaixada da Itália ou com o próprio país no qual nascera. Entre os filhos de Gattai, Zélia, cuja vida é referência também com a de seu eterno companheiro, Jorge Amado. Todo o conjunto circunstancial comprovava que o paciente detinha, do ponto de vista fático, nacionalidade brasileira, nos termos da Constituição de 1891. Informações sobre a família e a trajetória do paciente, a partir dos livros de sua filha, Zélia Gattai, de certo modo confirmam a tese de que Gattai era brasileiro. A exemplo do que teria se passado com todos os imigrantes, a viagem da família Gattai fora muito difícil. E no caso dos Gattai havia inegáveis relações com o movimento anarquista, conforme se compreende da narrativa de Zélia Gattai:

“A viagem da família Gattai começara, em realidade, dois anos antes de embarcarem no ‘Città di Roma’, em Gênova. Meu avô tivera a oportunidade de ler um livreto intitulado *I Comune in Riva al Maré*, escrito por um certo Dr. Giovanni Rossi – que assinava com o pseudônimo de Córdias –, misto de cientista, botânico e músico. No folheto que tanta fascinara meu avô, Córdias idealizava a fundação de uma Colônia Socialista Experimental, num país da América Latina, não especificava qual, uma sociedade sem leis, sem religião, sem propriedade privada, onde a família fosse constituída de forma mais humana, assegurando às mulheres os mesmos direitos civis e políticos que aos homens. Córdias ainda ia mais adiante: nas últimas páginas de seu estudo, de seu plano, fazia um apelo às pessoas que estivessem de acordo com suas teorias e quisessem acompanhá-lo a qualquer parte da Terra, por mais distante, des-

DOCTRINA

de que pudessem levar à prática todas as experiências e as ideias contidas no livro, para se apresentarem. Por fim, Francisco Arnaldo encontrava alguém com dinamismo e inteligência, disposto a tornar realidade um sonho, seu e de outros camaradas, também discípulos dos ensinamentos de Bakunin e Kropotkin, à procura de um ‘caminho novo para a humanidade faminta, esfarrapada, ensanguentada, talvez esquecida de Deus’. Buscaria uma oportunidade de encontrar-se com Cárdias. Começava a divisar perspectivas para o futuro de sua família. Enquanto Argía, sua mulher, amamentava o filho, leu-lhe o precioso documento. Que pensava ela desses planos? Queria saber sua opinião. Deviam aceitar o convite do Dr. Giovanni Rossi? Tinham quatro filhos, um ainda a sugar o peito da mãe.” (GATTAI, 2006, p. 251-252)

Zélia Gattai conta que Giovanni Rossi conheceu Carlos Gomes em Milão. Nosso famoso compositor de óperas teria falado do Brasil ao Dr. Rossi, que teria escrito uma carta para D. Pedro II. Iniciou-se copiosa correspondência. Rossi recebeu de D. Pedro II a posse de 300 alqueires de terras, *incultas e desertas*, no Estado do Paraná, entre as regiões de Palmeira e de Santa Bárbara. O anarquista italiano teria recebido também promessa de ajuda (cf. GATTAI, 2006, p. 254 e ss.). O pai de Gattai fora um dos primeiros a se apresentar para participar no projeto utópico do Dr. Rossi (cf. GATTAI, 2006, p. 255). A família Gattai ficou por dois anos na Colônia Cecília, no Estado do Paraná. A experiência não frutificou. O último a abandonar o lugar fora o Dr. Rossi, que se viu impossibilitado de seguir sozinho a empreitada (cf. GATTAI, 2006, p. 263). A família foi para São Paulo. Gattai, por força de todos esses episódios, era ligado à tradição utópica, forte na crença no anarquismo, na concepção de sociedade livre da ingerência de um Estado opressor. Gattai trabalhou muito, conhecia mecânica de automóveis, era aficionado do automobilismo. Chegou a participar com destaque de algumas corridas. Zélia narrou a prisão do pai e a angústia sofrida durante o tempo em que ele ficou preso, e que era compartilhada por toda a família, que ficara definitivamente marcada pelo triste episódio:

“Meu pai ficou preso mais de um ano, um longo e sofrido tempo de ansiedade e aflição, para ele e para nós. A princípio, nos primeiros 40 dias, não tivemos notícias suas, por mais que as buscássemos. Todas as investidas, todos os esforços para vê-lo, saber de seu paradeiro, foram inúteis. Vivíamos num clima de ameaça e medo, era difícil conseguir advogado disposto a defender preso político. Ao aceitar a questão, o causídico arriscava-se a ser fichado e perseguido, a sofrer sanções. Estávamos nesse desespero, quando, inesperadamente, um abnegado bacharel bateu à nossa porta, disposto a arriscar sua carreira. Simpático,

DOCTRINA

boa conversa – um pouco falante demais –, nos encheu de esperanças, nem tudo estava perdido. Garantiu que tudo faria, tinha boas relações: ‘Muito em breve terão o chefe em casa outra vez’. Nosso entusiasmo durou pouco. Demo-nos conta em seguida de que o heroico bacharel não passava de um refinado vigarista. Desaparecera carregando o dinheiro que pedira, ‘indispensável para o início dos trabalhos’. Os cartões com nome e endereços que nos dera eram falsos.” (GATTAI, 2004, p. 22)

Ao longo das investigações, e Gattai ainda estava preso, a família fora abordada pela polícia do regime. Enquanto todos esses dramas familiares e pessoais se desenvolviam, juntava-se nos autos de *habeas corpus* ofício de Francisco Campos, então Ministro da Justiça, dirigido a Bento de Faria, Presidente da Suprema Corte. A acusação centrava-se no recado telefônico que fora transmitido por Gattai, de modo que todo o conjunto probatório se fazia em torno do telefonema. Especificamente, os autos do processo também encartam pormenorizada resenha referente à atuação de Gattai, que são indicadas como prova da periculosidade do paciente. A linguagem é policialesca, remete-nos ao ideário do Estado Novo, e ilustra adequadamente o estilo de perseguição que vicejava na época. Ouviu-se o paciente. No mérito, a defesa, insiste-se, optou pela negativa da autoria, dado que Gattai objetava que não era, e que nunca fora comunista. O paciente dizia-se dedicado a trabalho honesto, comprovava que jamais estivera antes em qualquer delegacia. Do ponto de vista retórico, afirmava que era contra qualquer ditadura, e que por isso não poderia ser comunista.

No Supremo Tribunal Federal o *habeas corpus* foi relatado pelo Ministro Armando de Alencar que apreciou preliminar, relativa à competência do Supremo Tribunal Federal, por conta da existência de um Tribunal de Segurança Nacional. Armando de Alencar conheceu do pedido. Em seguida, apreciou o mérito, admitindo curiosa figura em direito público, isto é, nacionalidade fática, confirmando concretamente a tese que deu os contornos à petição de Gattai. Seguiu voto preliminar de Carlos Maximiliano que decidiu pela incompetência daquela Corte apreciar a matéria, dado que se encontrava em período de exceção, no qual vigia legislação excepcional. Há em seguida o voto do Ministro Costa Manso, que reconheceu incompetência da Suprema Corte, mas que concebeu construção hermenêutica que justificou o conhecimento do pedido. Votou também o Ministro Laudo de Camargo, que também conheceu do pedido, fazendo-o inicialmente de modo lacônico, porém incisivo. Por fim, como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

“Conheceram do pedido, contra o voto do Sr. Ministro Carlos Maximiliano, e concederam a ordem tão somente para não ser expulso

DOCTRINA

por se tratar de cidadão brasileiro, contra o voto do Sr. Ministro Costa Manso que indeferia o pedido por não haver o paciente exibido o título declaratório da qualidade invocada.”

A comprovada qualidade de brasileiro (embora tácita) obstaculizou a expulsão do paciente. Os fatos aqui narrados comprovam época difícil, de polarização ideológica, marcada pela violência e pela arbitrariedade. Chama a atenção o voto de Carlos Maximiliano, formalista e literal, preso na palavra dos textos, em que pese críticas que dirigia a tal modelo hermenêutico. É que Maximiliano criticava o uso exclusivo da interpretação literal, invocando que o pensamento expresso por palavras seria veículo congelado (cf. MAXIMILIANO, 1934, p. 129); ao intérprete caberia alcançar as razões do pensamento expresso por palavras, retirando-lhe o gelo.

O estudioso contemporâneo percebe nas entrelinhas dos depoimentos e da condução do procedimento um estado de fúria e de precaução permanente para com os comunistas, típicos de época em que o perigo vermelho inundava a reflexão jurídica, comprovando que esta última é caudatária da política. Gattai saiu da prisão. É Zélia quem relata que “fraco, depauperado, a saúde para sempre comprometida, meu pai não resistiu à febre tifoide que o acometeu, tempos depois de ter saído da prisão. Morreu em 1940, aos 54 anos” (GATTAI, 2004, p. 23).

Direitos humanos e liberdades públicas, bem como o acesso às liberdades fundamentais, não se plasmam em época difícil, marcada por recorrente estado de exceção, tornado regra, e maquiado por propaganda política engenhosa e populista, que até hoje impressiona, mediante o culto popular a que se defere ao maquiavélico líder do Estado Novo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do direito do trabalho e a construção da identidade desse campo das ciências sociais aplicadas exigem, por parte de autores e pesquisadores da área do direito, um melhor enfrentamento para com os assuntos relativos à abolição da escravidão, aos programas dos partidos operários do início da República Velha, bem como com a forma como a jurisprudência tratou a questão dos anarquistas.

A preocupação para com esses tópicos e as pesquisas dessas preocupações decorrentes podem oferecer chaves interpretativas que enfrentem o denominado *mito da outorga*, que consiste na afirmação de que o direito do trabalho é, em grande parte, um mero legado das políticas de aliança de Getúlio Vargas.

DOCTRINA

Especialmente, a inserção da questão escravista na topografia dos assuntos de direito do trabalho pode também oferecer algumas referências para compreensão do autoritarismo que historicamente marca as relações de trabalho que há no país.

No limite, essas preocupações permitem que compreenda que o legado normativo do trabalho é um construído de lutas, e não um dado, que refletiria apenas a generosidade de facção política que pontificou às custas de alianças e de ajustes institucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, Angela. *Joaquim Nabuco*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- AMADO, Gilberto. *Aparências e realidades*. São Paulo: Monteiro Lobato & Cia. Editores, 1922.
- ANDRADE, Olímpio de Sousa. *Joaquim Nabuco e o Brasil na América*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.
- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Autos de Habeas Corpus 26.643.
- CAMPANA, Priscila; BOSCHI, Olga Maria. A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas – recuperando outras memórias históricas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- CARNEIRO, Levi. *Pela nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1936.
- CARONNE, Edgard. *A Segunda República – 1930-1937*. Rio de Janeiro/São Paulo: DIFEL, 1978.
- CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e política no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- CHACON, Vamireh. *Joaquim Nabuco: revolucionário conservador (sua filosofia política)*. Brasília: Senado Federal, 2000.
- CHACON, Vamireh. *Vida e morte das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DULLES, John W. F. *Vargas of Brazil – a political biography*. Austin: University of Texas Press, 1967.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1997.
- FAUSTO, Boris. *Getúlio Vargas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: *A escola de Frankfurt e o direito*. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

DOCTRINA

- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Um estadista da República*. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1976.
- FREYRE, Gilberto. *O escravo nos anúncios de jornais brasileiros do século XIX*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1979.
- GATTAI, Zélia. *Anarquistas graças a Deus*. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra: Europa América, 1998.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *O homem cordial*. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2002.
- LACOMBE, Américo Jacobina; SILVA, Eduardo; BARBOSA, Francisco de Assis. *Rui Barbosa e a queima dos arquivos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1988.
- MARTINS, Luis. *O patriarca e o bacharel*. São Paulo: Alameda, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- NABUCO, Joaquim. *Diários*. Rio de Janeiro: Bem-te-vi, s.d. v. 1 (1873-1888).
- _____. *Minha formação*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004.
- _____. *O abolicionismo*. Brasília: UnB, 2003.
- _____. *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. III (1934).
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1978.
- VARGAS, Getúlio. *Diário*. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995. v. 1 (1930-1936).
- VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. São Paulo: Universidade de São Paulo; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987.
- WOLKMER, Antônio Carlos. A questão dos direitos sociais na Comissão Itamarati. *Revista de Ciência Política*, v. 27, n. 3, set./dez. 1984.

A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA NO NOVO CPC E A MATÉRIA DE FATO: UMA ANÁLISE DA SUBSUNÇÃO/CONCREÇÃO JUDICIAL

Francisco Rossal de Araújo*

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um dispositivo específico (art. 489) para descrever os elementos e dispor sobre a fundamentação da sentença. O referido texto legal tem levantado uma série de questionamentos sobre o ato processual que é o ponto culminante do processo. De certo modo, todos os atos processuais se encaixam para possibilitarem a decisão da lide, depois de frustradas as possibilidades de acordo. O estudo deste dispositivo legal tem enormes implicações para o processo do trabalho, considerado subsidiariamente aplicável pela Instrução Normativa nº 39/2016/TST (art. 3º, IX) e deve ser visto com maior interesse, porquanto a lide trabalhista tem certas peculiaridades em relação ao processo comum.

A aplicação do Direito exige a sua concreção, ou seja, a adequação do conteúdo normativo genérico e abstrato a uma determinada situação de fato concreta. O juiz deve fundamentar a sentença tendo em vista este objetivo. Mas este também é um dever da parte, que não pode formar um rol infinito de alegações vazias, inviabilizando a prestação jurisdicional com pedidos e argumentos inúteis ou irrelevantes.

O relatório é a narração descritiva dos principais pontos do processo. Tem natureza de síntese. A fundamentação é a apreciação dos fatos e normas aplicáveis, com as respectivas ponderações e juízos de valor. Tem natureza de análise. O dispositivo é o comando daquilo que foi decidido. Tem natureza novamente de síntese, relacionada ao resultado. O dispositivo é a conclusão da sentença. Sentença sem dispositivo é mais do que nula, ato inexistente. O

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

DOCTRINA

dispositivo pode ser direto, quando especifica a condenação imposta ou a declaração judicial a que se destina; ou indireto, quando se reporta aos “termos do pedido”.

O art. 489 do CPC assim disciplina a matéria:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

DOCTRINA

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

É nítida a intenção de especificar e forçar uma melhor fundamentação das sentenças, desenvolvendo o conteúdo do art. 93, IX, da Constituição.

O presente artigo traz a reflexão sobre como o julgador aplica a lei em relação à situação de fato e como se dá o encaixe de raciocínios que levam à decisão. Na primeira parte, será analisada a situação de fato como acontecimento (real) e como enunciado (argumento) e de que modo ela é apreendida no processo de decisão. Na segunda, a situação de fato será estudada diante de seu encaixe no suporte fático da norma, gerando a respectiva conclusão.

I – SITUAÇÃO DE FATO COMO ACONTECIMENTO E SITUAÇÃO DE FATO COMO ENUNCIADO

Na busca da conformação da situação de fato concreta à situação de fato abstrata (suporte fático da norma jurídica), realiza-se um raciocínio silogístico chamado subsunção. Para melhor compreendê-lo, dentro do tema geral da concreção, é preciso distinguir entre situação de fato como acontecimento e situação de fato como enunciado¹.

A situação de fato como acontecimento é a realidade em si mesma. É o todo contínuo da realidade que sempre avança. É impossível compreendê-la na sua totalidade, pois a realidade é inalcançável. Não existe um lugar dentro da existência desde onde se possa ver toda a realidade. Conforme a crença de cada um, é possível imaginar que Deus possa ver toda a realidade. Nas religiões cristãs, um dos dogmas é a onipresença de Deus. Aos seres humanos não é dada essa graça e é preciso conformar-se apenas com a visão parcial. Sempre se vê parte da realidade, nunca a realidade em si. Além disso, o que se percebe depende do lugar de observação onde se está. Existem, portanto, diferentes perspectivas para perceber a realidade, sem que uma seja verdadeira e outra seja falsa².

1 Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 333.

2 Ver: HENKE, Horst-Eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1979. p. 75; e GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en derecho: bases argumentales a la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 42-43.

DOCTRINA

Na apreciação das provas judiciais, é sempre bom ter em conta essa afirmação, pois o juiz estará construindo a verdade judicial, ou seja, a verdade declarada por um ato de Estado, a Jurisdição, que vai se tornar imutável pela força da coisa julgada. Todas as formas de perceber a realidade, segundo seu ponto de observação, são legítimas, pois existem múltiplas perspectivas. O posicionamento de cada um na sociedade define o ponto de observação desde o qual percebe a realidade. Isso não quer dizer que aquele que observa também não vá “distorcer” o fenômeno que observa, devido aos condicionamentos decorrentes do ponto de observação que ocupa. Ninguém analisa um fato ou a realidade de forma neutra. Sempre estará condicionado pelas informações de que dispõe. Sua análise será mais equilibrada na medida em que dispuser de maior número de informações, que lhe possibilitarão uma melhor comparação. Portanto, diante da perspectiva da realidade como um todo, é preciso levar em consideração dois fatores: ela é simultânea e é impossível vê-la em sua totalidade.

O aplicador da lei nada mais é do que um observador da realidade, que a reconstruirá segundo o seu ponto de vista. No processo judicial, o aplicador da lei é o juiz e ele é que reconstruirá a realidade segundo os valores constantes nas normas jurídicas e segundo alguns de seus valores pessoais. O Direito orienta a reconstrução da realidade até um determinado ponto. Utiliza o juiz como instrumento para a sua realização e tenta orientar-lhe valorativamente, segundo disposições constantes das normas jurídicas. Entretanto, a orientação que pode fazer o ordenamento jurídico vai até determinado ponto. Depois, é necessário que a ordem jurídica deixe um determinado espaço. Faz isso porque é fruto da racionalidade humana e é aplicada por seres humanos e também porque é impossível prever todos os casos possíveis na realidade.

Se está construída para ser aplicada aos seres humanos e utiliza seres humanos na sua aplicação, é evidente que a ordem jurídica não pode separar de forma tão estrita os mundos do “ser” e do “dever-ser”. Em algum ponto ambos têm de se encontrar. Dentro da organização do processo, a realidade (“ser”) toca o jurídico (“dever-ser”) de forma direta, no campo das provas, na concreção e na execução da sentença.

No campo das provas e da concreção, sendo o primeiro um pressuposto para o segundo, o aplicador da norma jurídica terá de utilizar os seus sentidos para aproximar-se da versão que lhe é contada pelas partes. Através das provas judiciais, averiguará a controvérsia e comprovará as alegações de um e de outro. Se não estiver convencido, poderá inclusive determinar a realização de novas diligências. Não para buscar a “realidade material”, ou a “verdade real”, mas para encontrar mais elementos a fim de formar a sua realidade, a

DOCTRINA

realidade judicial. Essa verdade judicial é uma “verdade formal” no sentido de que é limitada por dois parâmetros: tanto por normas jurídicas (processuais e materiais) quanto pela imperfeição da capacidade cognoscitiva do agente.

Assim como cada indivíduo possui a sua noção de realidade e poderá compartilhá-la com outros indivíduos através da comunicação, o processo judicial também é um processo comunicativo no qual o juiz e as partes compartilharão os seus pontos de vista de observação da realidade. Através da observação e da comunicação, poderá o julgador apreender a realidade e modificá-la, segundo os valores constantes da norma jurídica ou segundo os seus valores subjetivos, sempre dentro do espaço de indeterminação deixado pela própria norma jurídica.

As partes, quando expõem suas razões no processo, já interpretaram a realidade e a enunciam para o julgador conforme sua percepção e seus interesses. O juiz ponderará as versões e construirá a sua, segundo técnicas processuais (meios probatórios) e normas materiais que condicionam a sua interpretação (ônus probatórios e presunções). No final, construirá a sua própria versão da realidade, que servirá como base da sentença judicial. A sentença judicial é uma visão da realidade como qualquer outra. No plano extrajurídico não há nenhuma distinção entre a versão do juiz e a versão das partes. Apenas se diferencia da visão das partes por força dos efeitos distintos que lhe dá o ordenamento jurídico. Esta é a distinção entre proposição jurídica e sentença judicial. A sentença judicial é uma proposição jurídica com força coercitiva, determinada por uma norma jurídica. Ao conceber a situação de fato para poder aplicar a norma, o juiz a reduz a um enunciado como qualquer outra pessoa. Os efeitos são distintos por força do que dispõe o ordenamento jurídico (coisa julgada).

Normalmente, a atividade do julgador inicia com a necessidade de reduzir uma situação de fato como um acontecimento a uma situação de fato como um enunciado. Se não realizar essa operação é impossível aplicar a norma jurídica, porque o suporte fático só pode ser preenchido por um enunciado, pois a realidade em si mesma é extremamente complexa e inalcançável.

O juiz não tem poderes para movimentar o ordenamento jurídico por sua própria iniciativa. A regra geral é de que o Judiciário somente se movimenta por provocação das partes. Diante da observação de um caso concreto, o juiz pode movimentar o Judiciário como qualquer outro cidadão comum. Nesse caso, porém, estará atuando como uma parte qualquer, e não como membro de um dos Poderes do Estado. Exercendo a função jurisdicional, o juiz, em regra, deve esperar a manifestação das partes.

DOCTRINA

A realidade que chega ao juiz é uma realidade interpretada, que foi filtrada pelas partes segundo os seus meios de percepção e segundo os seus interesses. Portanto, o ponto de partida do julgador não é um ponto de partida inicial, e sim o ponto de partida que começa com as versões que lhe apresentam. O meio no qual opera o raciocínio do julgador não é a realidade como um acontecimento, mas, sim, a realidade que lhe é exposta segundo o modo de ver de cada parte. Note-se que sequer se está cogitando da hipótese de algum dos contingentes agir com dolo, o que é realmente possível, mas apenas do fato de que o julgador se depara com visões construídas a partir da realidade desde pontos de vista distintos. Se fossem apresentadas dolosamente distorcidas, as versões constituiriam uma patologia jurídica.

A “ideia” que o julgador tem da situação de fato verificada tem de ser por ele reduzida a um enunciado para poder comparar as notas distintivas da previsão legal e a situação de fato verificada, de acordo com a norma jurídica³. Em geral, o julgador recebe um relato sobre determinados fatos que narram determinada controvérsia. Também recebe uma “proposta” de decisão, ou seja, aquele que lhe apresenta o relato, propõe, com base na sua interpretação do conteúdo das normas jurídicas, uma determinada solução para o caso. Deve ser lembrado que, nas normas processuais, aquela ação que não tenha um pedido, que não deixa de ser uma proposta de decisão, pode ser considerada inepta. O juiz não está obrigado a acatar todos os detalhes contidos nos relatos oferecidos pelas partes e pode buscar outros que entender relevantes, de acordo com os poderes que recebe para conduzir o processo e determinar a produção de provas. Não deixa de ser curiosa essa situação: por um lado, não tem poder, em regra, para tomar a iniciativa de movimentação do processo; por outro, uma vez instaurado, o ordenamento jurídico lhe dá poderes para buscar elementos probatórios além daqueles mencionados pelas partes.

Realizada a primeira redução da situação de fato como acontecimento através das versões apresentadas pelas partes, o juiz, fará a sua redução a partir do que lhe é contado. Nesse momento, poderá orientar a produção de provas segundo a existência de controvérsias nas diferentes versões. Somente ordenará a produção de provas sobre aquilo que é controverso, porque seria ilógico ordenar produzir prova sobre algo que não é objeto de discussão. Após a produção das provas pode ocorrer que o juiz mantenha ou reforce a versão inicial que tinha quando ordenou a produção de provas. Dessa forma, confirmará a versão inicial que havia construído ao ouvir a exposição da controvérsia por cada uma das

3 Cf. LARENZ, Kart. *Op. cit.*, p. 334.

partes. Entretanto, também pode ocorrer que mude de opinião, sanando eventuais dúvidas que possuía ou constatando que a versão que acreditava era falsa.

Seria ingênuo pensar que o juiz ordena a produção de provas a partir de uma total ausência de valoração. Quando adentra na atividade probatória, o juiz já efetuou uma série de valorações, inclusive para estabelecer que fatos realmente são controversos. Ainda que não tenha totalmente definida a sua posição, nesse primeiro momento, sempre haverá uma determinada posição provisória. É preciso ressaltar, por outro lado, que é essencial que um bom juiz sempre cogite da possibilidade de estar equivocado a fim de manter a prudência e o bom senso. Entretanto, conforme verificado no parágrafo anterior, é logicamente necessário que o juiz se posicione sobre alguns fatos para que possa conduzir a atividade probatória, estabelecendo o que é controverso.

A essa altura, pode-se afirmar que o texto da lei lhe dá os parâmetros valorativos, ainda que contenha espaços de indeterminação, e as versões das partes lhe oferecem os parâmetros factuais, ainda que incompletos e pendentes de averiguação probatória. Esse enunciado fático provisório será o núcleo a partir do qual começará o processo e que possibilitará que se lhe agregue a questão de Direito.

O juiz instrui o processo mediante dois parâmetros: questões de fato (“ser”) e questões normativas ou questões de direito (“dever-ser”). Ambos estão conectados, porque o Direito tem um caráter instrumental em relação à realidade. Tanto no sistema romano-germânico quanto na *common law*, o processo gira em torno dessas questões. O certo é que, com base nesse núcleo provisório, o juiz “monta” o andamento do processo e possibilita que cada uma das partes utilize os meios de prova para tentar convencê-lo da validade da sua versão, em detrimento da versão contrária. Assim, se estabelece a dialeticidade do processo, que visa à construção de uma síntese final representada pela sentença. A sentença realiza a concreção jurídica.

Com base na lição de Karl Larenz⁴, é possível fazer um resumo da atividade judicial na redução da situação de fato como um enunciado visando a concretizar a norma jurídica: a) o julgador terá de reduzir a versão das partes a um enunciado, embora que essas versões, consideradas em si mesmas, já constituem uma primeira redução; b) nesse enunciado estará o que lhe parece relevante para a subsunção; c) os valores que utilizará para determinar o que é relevante estarão nas normas jurídicas do ordenamento, potencialmente aplicáveis à situação de fato. O julgador parte de uma situação de fato que

4 Cf. *op. cit.*, p. 336-337.

lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis e complementa em seguida a situação de fato atendendo às previsões dessas proposições jurídicas. O citado autor remata dizendo que a situação de fato só obtém a formulação definitiva quando se tomam em atenção normas jurídicas em conformidade com as quais deva ser apreciada. Por seu turno, as normas jurídicas deverão ser concretizadas atendendo à situação de fato em apreço, o que poderia fazer crer na existência de um círculo vicioso. Larenz, porém, descarta essa possibilidade, sustentando que isso realmente ocorreria se o julgador tivesse introduzido algo na situação de fato enquanto enunciado que não encontrasse apoio em alguma situação de fato verificada, ou quando tivesse “distorcido” a proposição jurídica de modo a permitir a consequência desejada pelo julgador⁵.

Realmente existe o risco de o julgador distorcer a proposição jurídica ou introduzir algo na situação de fato como enunciado que não encontre apoio nas provas que foram trazidas ao seu conhecimento. A primeira reflexão que se pode fazer a esse respeito é a de que a aplicação do Direito, como toda a atividade humana, está sujeita a riscos e falhas e, entre elas, a distorção provocada por erro ou por inclinações ideológicas.

A distorção jurídica ou o acréscimo de situações ou fatos podem ser acidentais ou intencionais. A única forma de evitar tal perigo é a via processual. Quanto mais aperfeiçoado o método de aplicação do Direito, via utilização de normas que regulam o processo, mais garantias os cidadãos possuirão contra possíveis falhas na concreção jurídica. Assim, as normas processuais garantirão, por exemplo, o dever de fundamentação, os princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição. O primeiro representa uma garantia do cidadão diante da atividade jurisdicional; o segundo tentará evitar a produção de provas secretas no processo, reforçando a dialeticidade do fenômeno processual; o segundo, a possibilidade de recorrer da decisão, também baseado na dialeticidade do processo, através de um argumento lançado a outro órgão judiciário, diferente do que lançou a primeira decisão⁶.

5 *Idem*.

6 Normalmente esse outro órgão tem composição plural (mais de um juiz) e está situado em hierarquia superior, com competência para reformar a sentença que lhe é submetida em grau de recurso. Porém, a simples existência do duplo grau de jurisdição não assegura que a concreção jurídica em segunda instância tenha um conteúdo melhor do que a primeira. Apenas representa o caráter dialético do processo, permitindo um mínimo de controle. No plano substantivo, porém, será a modificação de uma decisão por outra, ou a manutenção da sentença recorrida. É evidente que, dentro de determinado ângulo, a aplicação do Direito sempre será arbitrária. A tarefa da ciência jurídica é reduzir o grau dessa arbitrariedade.

II – SITUAÇÃO DE FATO COMO ENUNCIADO E ENCAIXE NO SUPORTE FÁTICO DA NORMA

Analisada a diferença entre situação de fato como acontecimento e a situação de fato como enunciado, é preciso verificar como se dá o encaixe entre a situação de fato como enunciado e o suporte fático da norma jurídica.

Normalmente, a realidade é muito mais rica que a simples descrição textual contida na norma jurídica. Na descrição de um homicídio ou na celebração de um contrato, por exemplo, existem muitos outros detalhes possíveis que escapam da descrição da conduta contida em um tipo penal ou um artigo do Código Civil que define certo contrato. No Direito do Trabalho, da mesma forma que em outros ramos do Direito, as disposições constantes das normas jurídicas que lhe são específicas são insuficientes para abarcar todas as possibilidades fáticas em seus pormenores.

Assim, a atividade do aplicador da lei consiste em isolar componentes específicos da descrição dos fatos reais e selecionar aqueles que são o cerne da conduta de modo a preencher o suporte fático da norma. Deverá desprezar, na maioria dos casos, uma série de dados irrelevantes para o processo subsuntivo, permanecendo apenas aqueles que sejam essenciais. Pode-se concluir que realizará várias valorações até aceitar que determinado detalhe se transforme em um dos elementos componentes do suporte fático de uma norma jurídica.

Também realizará juízos de valor ao rejeitar outros tantos aspectos da realidade. Na eleição dos elementos relativos à descrição abstrata e genérica de um fato, de modo a constituir-se em suporte fático de uma norma jurídica, o aplicador da norma efetua uma série de valorações. O fato de ser realizada essa atividade dessa maneira, por si só, afasta a ideia de que o processo subsuntivo se resume numa mera atividade lógico-formal. Pelo contrário, é uma atividade altamente relacionada com valores.

Ao subsumir o fato real ao suporte fático da norma, o aplicador da norma jurídica valora e seleciona apenas os elementos que considera relevantes. A realidade que lhe chega, e que servirá como elemento de subsunção, nunca é a realidade substantiva dos fatos, tais como ocorreram. Como o tempo é contínuo e irreversível, sempre a realidade submetida à apreciação será uma realidade reconstruída através da atividade probatória. A verdade real nunca será conhecida pelo aplicador da norma, porque se encontra no passado e nunca voltará. O que se tem é a possibilidade de reconstrução dos fatos através das alegações das partes, confrontadas com as provas trazidas ao processo. A chamada “busca da verdade real” nada mais é do que uma expressão utilizada com o objetivo de

dar mais poderes ao aplicador da norma na obtenção de provas para a construção de uma “verdade judicial”, isto é, para que ele tenha condições de determinar outras diligências probatórias que não sejam somente aquelas indicadas pelas partes. Na realidade, trata-se mais de uma expressão de política jurídica do que uma expressão com sentido técnico.

A verdade judicial sempre será uma reconstrução. Terá melhor qualidade essa reconstrução na medida em que o aplicador da lei dispuser de maior número de informações, levadas a ele pelas partes ou descobertas pelas diligências por ele determinadas. Nessas circunstâncias, o direito probatório é o instrumento pelo qual se faz a conexão entre o suporte fático e a realidade, ou, em palavras mais técnicas, entre a premissa maior que opera no mundo do “dever-ser”, e a premissa menor, que responde a exigências do mundo do “ser”. Será uma tentativa de reconstrução formal da realidade que mais se aproxime ao fato real propriamente dito, reduzindo a situação de fato como acontecimento à situação de fato como enunciado. Através da produção de provas o aplicador da norma jurídica buscará todos os elementos possíveis que descrevam a situação de fato. Depois, através de um sistema de valoração, dirá quais fatos entende provados, fundamentando a sua decisão. Assim, eliminará alguns fatos e aproveitará outros, sempre fundamentando a relevância que têm para a solução da controvérsia. A solução definitiva será aquela que decorrer da aplicação/criação da norma jurídica ao caso concreto, que terá como base o processo subsuntivo antes descrito.

Visto dessa perspectiva dinâmica (ou processual em sentido lato), pode-se afirmar que não há separação entre fato e direito no processo de concreção jurídica. Os fatos são reconstruídos, interpretados e valorados juridicamente, como elementos constituintes de um processo total de aplicação/criação do Direito. Portanto, a separação entre o mundo dos fatos (regidos por relações de causalidade) e o mundo do Direito (regido por relações de imputação) só tem razão de existir no sentido mais amplo da Filosofia da Ciência. No campo da aplicação do Direito, de natureza mais estrita, todo fato deve ser compreendido como fato jurídico, ou seja, como elemento relevante na composição de uma norma jurídica ou como fato traduzido e interiorizado no sistema jurídico.

Afirmar que os fatos são “traduzidos” pelo jurídico ao sofrerem a ação de normas jurídicas, ou que se transformam para fazer parte do mundo jurídico não quer dizer que os fatos jurídicos, como fatos que são, não obedecem a relações de causalidade. Numa ação envolvendo uma despedida justa por acidente de trânsito causado por embriaguez, por exemplo, o juiz averiguará, no âmbito processual, se houve nexo de causalidade entre os dois fatos: acidente e em-

briaguez. Da mesma forma, para caracterizar a justa causa para a despedida, deverá averiguar se o fato imputado ao trabalhador guarda conexão causal com a motivação para o rompimento do vínculo jurídico de emprego. No exemplo, o pressuposto da decisão será o nexo de causalidade entre o fato real e o fato juridicamente apreciado, a fim de fazer a conexão com a consequência jurídica que lhe é imputada. Comparará as duas situações e apreciará se houve nexo de causalidade entre ambas de forma que seja possível enquadrá-la na norma jurídica e estabelecer a consequência que ela prevê. A concreção da norma jurídica deve ser considerada como um todo, isto é, desde a tradução do fato real para fato jurídico até a atribuição da consequência jurídica. Para que isso ocorra, o juiz deverá “reconstruir” o fato, dando-lhe conotação jurídica, a partir das alegações das partes e dos meios de prova de que dispõe. A realidade do processo não é a realidade em si, mas a realidade reconstruída juridicamente, tendo como referência normas processuais e materiais.

Manter a relação dos fatos relevantes ao Direito com as normas jurídicas é essencial para que o sistema jurídico possa ser considerado como um sistema científico. As normas jurídicas devem ser o ponto de referência para a interpretação dos fatos. Através dos valores embutidos nas normas se transforma a realidade material em realidade jurídica. Alguns autores falam na existência de uma “força normativa factual”⁷, defendendo o ponto de vista de que a relação fática, a situação fática merecedora de proteção, e a responsabilidade fática geram a necessidade de um reconhecimento judicial muito antes que a dogmática prepare o terreno para uma reforma legislativa capaz de elaborar uma nova norma que a regule.

A posição que defende a “força normativa do factual” precisa ser bem estudada e tomada em consideração com a devida cautela. Não há dúvida de que a realidade social caminha na frente da possibilidade de prever condutas genéricas e abstratas e positivá-las através de normas jurídicas. Nesse sentido, é bastante claro o caráter de conservação que possui a norma jurídica. O sistema jurídico tem caráter conservador, mas, para sobreviver às mudanças dos fatos gerados na sociedade, deverá estar em contínua adaptação, sob pena de ruptura e suplantação por outro sistema jurídico, mais adaptado à realidade social. Assim, existe a previsão de determinadas medidas que adaptam o sistema jurídico a novas situações, exatamente com o intuito de preservar a sua integridade e velar pela sua manutenção. Pequenas alterações são realizadas para que a essência permaneça intocada. Essas mudanças ocorrem em três pontos: nos próprios

7 Cf. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 314-315.

espaços de indeterminação deixados pelo legislador, nos quais é possível fazer a adaptação aos novos tempos por meio da atividade interpretativa; na perda de validade através da perda do mínimo de eficácia de determinadas normas (desuetudo); e nas alterações proporcionadas pelo processo legislativo, desde que não ocorra uma ruptura total com a norma que fundamenta o sistema.

Analisando essas três opções de mudanças na legislação, verifica-se que todas contêm um componente da atividade política, variando apenas em função da quantidade, e não da qualidade. No fundo, tanto a atividade jurisdicional quanto a atividade administrativa nada mais são do que um prosseguimento da atividade política levada a cabo pelo legislador. O que varia é o âmbito de discricionariedade que lhe é outorgado⁸.

Diante das reflexões realizadas nos parágrafos anteriores, é possível afirmar que existe uma “força normativa do factual” desde que essa força seja compreendida na totalidade do fenômeno jurídico. Do mesmo modo que não se pode conceber de forma radial a distinção entre Direito Processual e Direito Material, entre “ser” e “dever-ser”, também a força criadora dos fatos deve ser compreendida dentro do fenômeno jurídico, na concepção de equilíbrio instável das normas jurídicas e dos espaços de indeterminação deixados pelo ordenamento jurídico. Analisa-se a contraposição entre fato e Direito com o olhar crítico que se deve lançar a todas as dicotomias criadas pelo raciocínio classificador do ser humano. Toda a classificação não é um fim em si mesmo, apenas serve para orientar e situar aquele que a utiliza.

Afirmar o potencial criador do Poder Judiciário, através do espaço a ele reservado através da atribuição de poderes que lhe dá o ordenamento jurídico, a chamada discricionariedade judicial, não significa afirmar que a realidade fática sempre prevalece sobre as normas jurídicas. Pensar nesse sentido seria um grave erro em dois sentidos: primeiro desapareceria o conceito de Direito, como ramo distinto da sociologia, levando aos equívocos de considerar o Direito como um mero decisionismo; segundo porque levaria ao esquecimento da ideia central do Estado de Direito de que a fonte principal do Direito é a atividade legislativa levada a cabo pelo Parlamento, democraticamente escolhido.

A lei (em sentido amplo) é, sem qualquer dúvida, a fonte principal de normas jurídicas e toda a atividade criadora do juiz ou toda a atividade da Administração Pública deve ter nela o seu parâmetro lógico e valorativo. Dentre as muitas razões que poderiam sustentar essa afirmação, a principal é a da existência do princípio democrático e da separação dos poderes. Se a pretensão é viver

8 Cf. KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. p. 18-19.

em um Estado Democrático de Direito, a lei deve ser obedecida e constituirá o centro da atividade jurisdicional e administrativa, porque foi votada pelos representantes da população e, em teoria, expressa a vontade geral, submetida a uma regra de respeitar a vontade da maioria. Como o juiz não é eleito, seus poderes estão restritos à interpretação do texto legal, que deve servir como fundamento e limite de suas decisões. Portanto, sempre que se falar em “força normativa do factual”, se deve tomar em conta tais pressupostos, sob pena de cair em um grau inaceitável de arbitrariedade. A mesma lei que dá espaço para a criação do intérprete lhe serve de limite. O juiz quando considera a realidade fática, deve traduzi-la de acordo com os parâmetros jurídicos do sistema jurídico no qual opera, sob pena de ser arbitrário e substituir os parâmetros objetivos da lei pelos seus parâmetros subjetivos.

Os problemas de subsunção por falta de informação (lacunas de conhecimento) relacionam-se com situações de fato. Mais precisamente com o problema de adaptação ou encaixe de um fato concreto a um suporte fático de uma norma (previsão genérica e abstrata). O aplicador da norma jurídica realiza uma série de atividades valorativas para adaptar o fato concreto ao suporte fático de modo a estabelecer as condições necessárias para a atribuição da consequência jurídica prevista. A busca dos fatos que servirão como verdade judicial é a atividade probatória em si. De posse dos fatos e realizando o juízo de valor a respeito de seu encaixe na previsão legal, o julgador cria uma norma jurídica individual ao caso concreto. Ao desprezar alguns elementos fáticos e dar relevo a outros, efetua valorações, e não apenas executa atividades lógico-formais.

Nesse ponto da exposição, é preciso buscar quais os instrumentos que o juiz utiliza para perceber a realidade. Se é certo que o julgador tem que valorar fatos, ou versões dos fatos que lhe são apresentadas no processo por meio da atividade probatória, também é certo que antes de valorá-los o aplicador da norma tem de percebê-los, colocando-os dentro de sua realidade subjetiva.

A necessidade que o aplicador da norma jurídica tem de apreender os fatos para valorá-los e, dessa forma, encaixá-los na premissa maior existente (suporte fático), leva ao problema dos limites da percepção e ao grau de subjetivismo a que está sujeita a subsunção e, por conseguinte, a concreção jurídica.

Não há como afastar certo subjetivismo da concreção porque os indivíduos que a realizam são seres humanos com idiosincrasia própria. Cada pessoa tem uma determinada forma de perceber a realidade, ainda que possa ter em comum uma série de pontos de vista com outros. O que o Direito tenta evitar é o subjetivismo puro do aplicador da norma e esse é o papel a ser desempenhado pelas normas jurídicas.

DOCTRINA

Sobre o problema de cada julgador utilizar somente os seus valores subjetivos, já se falou quando se exemplificava a existência de sistemas dedutivos e indutivos. O subjetivismo extremado estaria no sistema indutivo puro, chamado de livre-descoberta do Direito por parte do julgador, conforme a concepção platônica. Seria quase impossível falar na existência de um sistema jurídico nessas condições, pois a única regra geral seria a de que as decisões dos juízes deveriam ser obedecidas. Entretanto, como cada juiz representaria um ordenamento jurídico autônomo, não existiria um mínimo de coerência valorativa e unidade interna, capazes de garantir a segurança jurídica. Coerência valorativa e segurança jurídica estão intimamente conectadas e são consideradas elementos essenciais para a existência de qualquer sistema jurídico. Por outro lado, é sempre bom lembrar que o outro extremo também é inviável: não existe sistema jurídico capaz de prever todas as condutas humanas.

Não existe sistema jurídico na hipótese de total subjetivismo por parte do aplicador das suas normas, por ausência de coerência valorativa. Para frear essa situação é que aparecem as normas jurídicas. Elas servem como parâmetros para o legislador e trazem embutidos valores pelos quais devem atuar e limitar a sua atividade. Nessa concepção, as normas jurídicas constituem valores necessários para a aplicação e, ao mesmo tempo, limitam a atuação do seu aplicador. Ao descreverem condutas abstratas e ao associarem consequências jurídicas a tais condutas, de certa maneira condicionam o raciocínio de quem as aplica a um determinado resultado. O resultado específico não está dado em todos os seus detalhes, pois existe certo grau de indeterminação, tanto na subsunção dos fatos quanto na fixação dos limites da consequência jurídica. Na subsunção dos fatos, o espaço de indeterminação é representado pelas possibilidades de interpretação da conduta a ser subsumida. Na fixação dos limites da consequência jurídica, pode-se atribuir mais ou menos poder, ou aplicar uma sanção mais ou menos grave. Pode, inclusive, interpretar que o fato descrito não se enquadra na previsão genérica e abstrata da norma e, assim, não gerar consequência jurídica nenhuma. De qualquer maneira, a norma “conduz” a sua aplicação em um determinado sentido, pois o aplicador não pode contrariá-la frontalmente, sob pena de nulidade da decisão. Além das sanções de nulidade, alguns ordenamentos jurídicos inclusive preveem a possibilidade de sanções pessoais ao juiz que descumprir frontalmente as normas. Dessa forma é que se marcam os limites ao subjetivismo judicial através de normas jurídicas.

CONCLUSÃO

Não há uma sequência obrigatória entre análise de argumentos de fato e de direito. Eles podem se intercalar no decorrer da argumentação. Entretanto,

DOCTRINA

em nosso sistema jurídico, de natureza romano-germânica, uma norma jurídica é composta de uma previsão genérica e abstrata de uma relação de fato, à qual se atribui uma consequência jurídica, por meio de uma regra de imputação (Kelsen). Assim, em geral, a fundamentação começará pela compreensão da situação de fato e, uma vez que esteja delineada, buscar-se-á o direito aplicável. Isso decorre porque a aplicação da norma não é diferente de um processo sub-suntivo lógico, em que há uma premissa maior (previsão genérica e abstrata), à qual se encaixa uma premissa menor (caso concreto), imputando a consequência jurídica (conclusão).

A grande questão trazida pelo novo CPC são as hipóteses de sentença não fundamentada trazidas no § 1º do artigo comentado. A motivação da sentença deve se relacionar com o fato submetido a juízo, ser completa e coerente. O juiz pode dispensar a fundamentação de alguns argumentos lançados, se o argumento utilizado for prejudicial ou já contiver os outros argumentos lançados. Deve respeitar também o art. 10 do CPC, evitando o argumento surpresa.

A circunstância de paráfrases, análise de conceitos jurídicos indeterminados, aplicação de súmulas ou motivos genéricos encontrarão os velhos e conhecidos problemas de hermenêutica no exercício da prestação jurisdicional. Por exemplo, o caso pode ser tão singelo que se restrinja à aplicação literal da lei ou de uma súmula. Nem sempre a fundamentação longa e exaustiva é necessária. Além disso, onde uma parte vê uma certeza cristalina, a outra vê uma série de dúvidas.

O certo que sempre é positiva a iniciativa de melhor fundamentação das decisões judiciais, porquanto o cidadão tem o direito de saber os motivos pelos quais ganhou ou perdeu a demanda. A garantia de fundamentação é um princípio constitucional e uma expressão de racionalidade do Direito (art. 93, IX, da CF).

A sentença deve ser interpretada como um todo em si mesmo e coerente, e não a partir de fatos e trechos isolados. Trata-se de um ato de vontade e inteligência. Deve ser interpretada no sentido da conjugação de todos os seus elementos, buscando-se sempre a intenção do julgador. Isso somente será atingido se houver harmonia entre sua leitura e o objeto do processo, todos os seus atos e as questões suscitadas no seu decorrer. Tudo isso em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 5º do CPC).

ASSÉDIO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Guilherme Guimarães Feliciano*

INTRODUÇÃO

Além das inúmeras polêmicas que suscita no campo do direito material, o *assédio moral* também representa, para os estudiosos do processo, uma fonte formidável de controvérsias e perplexidades. Entre elas, talvez a mais significativa diga respeito à *repartição do ônus da prova* nas ações judiciais que discutem contextos concretos de assédio moral e o seu tratamento jurídico (prevenção, repressão, reparação).

Assim, p. ex., tem-se por adquirido, na França, incumbir *ao réu* desincumbir-se do ônus da prova relativamente ao alegado assédio moral (*harcèlement moral*), desde que o autor logre demonstrar fatos que permitam *presumir* o assédio (artigo L 122-52 do *Code du Travail*)¹. Assim é que

“l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établit les faits qui permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement.

Cela est conforme à nos procédures civiles et pénales- le supposé harceleur bénéficiant de la présomption d’innocence.

Le salarié demandeur devra établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu’il présente au soutien de ses allégations.

Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement. Le juge formera alors sa conviction.”

* Professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; livre-docente e doutor pela Universidade de São Paulo; doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2015-2017); juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (SP).

1 Cf., por todos: BOURKHRIS, Isabelle. *La preuve et le harcèlement moral*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcèlement-moral,981.html>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

DOCTRINA

Em Portugal, da mesma maneira, à vista do que dispõe o Código do Trabalho lusitano (artigo 29.º c/c o artigo 25.º, 5), entende-se *inverter-se* a distribuição do ônus da prova, sopesando sobre a posição jurídico-processual do empregador, em todos aqueles casos nos quais o alegado assédio configura típica conduta discriminatória. Veja-se por todos, nesse sentido, o Acórdão da Relação do Porto 3819/08, julgado em 02.02.09.

É essa, ademais, uma clara tendência legislativa em toda a Europa ocidental. Não por outra razão, aliás,

“(…) a União Europeia firmou acordo entre os países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese de assédio sexual. Na mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial.”²

Entre nós, enfim, até por influência do pensamento estrangeiro, diversos Tribunais Regionais do Trabalho já trataram de, igualmente, relativizar ou inverter o *onus probandi* nos processos que versam danos morais. Poderiam fazê-lo?

Compreendamos melhor os pressupostos dessas teses.

1 – O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, tal como já havia feito o Código de 1973 e, antes dele, o de 1939, *assimilou* a teoria rosenberg-chiovendiana de distribuição do ônus da prova, positivando duas regras estáticas de repartição (art. 373). Mas, diferentemente dos diplomas anteriores, positivou *hipóteses gerais de relativização* do paradigma rosenberguiano (à semelhança do que já fizera, décadas antes, o Código Civil português, em seu artigo 344.º), como se lê textualmente no § 1º do mesmo preceito. *In verbis*:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

2 GUEDES, Márcia de Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 47-48.

DOCTRINA

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

O CPC/2015 não fez mais, neste particular, que trazer aos escaninhos da lei processual geral algo que há muito já estava assimilado pelo direito processual brasileiro. Com efeito, mesmo sob a égide do CPC/73 – quando a única possibilidade legal de inversão do ônus da prova era aquela da *pactuação* entre as partes (art. 333, parágrafo único) e, ainda assim, se a convenção incidisse sobre direitos (*rectius*: pretensões materiais ou “direitos prováveis”) de caráter disponível³ –, havia hipóteses específicas de inversão ou exclusão do *onus probandi* positivadas na legislação esparsa. Citem-se, como exemplos:

– a inversão do ônus da prova nas ações consumeristas, em favor do consumidor, e “a critério do juiz”, quando houver verossimilhança da alegação e/ou hipossuficiência do autor, “segundo as regras ordinárias da experiência” (permissão legal contida no art. 6º, VIII, do CDC, já reportada *supra*)⁴;

3 V., e.g., a proibição do art. 51, VI, do CDC.

4 Grassa, a propósito, debate doutrinário e jurisprudencial sobre a *natureza* da hipossuficiência que autorizaria a inversão condicional do art. 6º, VIII, do CDC: se hipossuficiência *técnica*, se hipossuficiência *econômica* (como é a laboral), ou ainda se ambas. V., no primeiro sentido (hipossuficiência técnica), TJSP, AI 01006-4-7, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 18.11.03; TJSP, AI 214037-4-9, 1ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 25.09.01.

DOCTRINA

– a inversão do ônus da prova em matéria de publicidade, sendo certo que “[o] ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38 do CDC), em caráter incondicional⁵;

– a inversão do ônus da prova, em favor do devedor, nas ações relativas a estipulações usurárias e afins, ainda que não regidas pelo CDC, desde que haja verossimilhança da alegação (MP nº 2.172-32, de 23.08.2011⁶);

– a inversão do ônus da prova, em favor do segurado, nas ações judiciais de aposentadoria (reforma), derivada da correspondente inversão do encargo probatório no plano administrativo (*ut* art. 29-A, § 1º, da Lei nº 8.213/91⁷, com a redação da Lei nº 10.403, de 08.01.02)⁸;

5 Quanto à incondicionalidade, cf., por todos: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 296-297. V. também: TJSP, Apel. Cível 255461-2-6, 9ª Câm. Cível, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 06.04.95, RT 716/182.

6 A medida procurou conter os efeitos funestos das atividades usurárias e de agiotagem, declarando “nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I – nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido” (art. 1º), e alcançando ainda “as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias” (*i.e.*, simulações maliciosas – art. 2º). E, em todos esses casos, dispõe que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação” (art. 3º – g.n.). A ementa da MP nº 2.172-32/01, aliás, já diz a que veio, nos planos material e processual: “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração” (g.n.).

7 *In verbis*: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação, para fornecer ao segurado as informações previstas no *caput* deste artigo”. O *caput* diz que “o INSS utilizará, para fins de cálculo do salário-de-benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre as remunerações dos segurados”.

8 Com esse entendimento, cf., por todos: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 97-98. *In verbis*: “Antes, o contribuinte era obrigado a apresentar a carteira de trabalho para comprovar o tempo de serviço e a remuneração. Agora é o INSS que deve fornecer as informações relativas ao tempo e ao valor da contribuição do segurado, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). (...) É evidente que ocorrerá a inversão do onus probandi na esfera jurisdicional, havendo necessidade de propositura da ação, pelo contribuinte, visando ao recebimento do benefício previdenciário, uma vez que cabe ao INSS fornecer ao segurado todas as informações constantes do Cadastro Nacional das Informações Sociais, nos termos da mencionada Lei” (g.n.). Como se trata de uma interpretação derivada da inversão administrativa, esta hipótese é obviamente mais polêmica. Assim, em sentido contrário, v.: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 310: “Não se trata, efetivamente, de uma regra de inversão do ônus da prova. Isto porque, em primeiro lugar, sua aplicação

– a exclusão ou inversão do ônus da prova, nos processos que demandam prova pericial médica, em desfavor da parte recusante à perícia que pressupõe disponibilidade física (art. 232 do NCC⁹).

Para mais, a par dessas possibilidades legais, tanto a jurisprudência cível como, sobretudo, a trabalhista já eram ricas, antes mesmo do CPC/2015, em casuísticas de inversão/exclusão do ônus da prova, ora *secundum legem*, ora *praeter legem* ou até mesmo *contra legem*, pelos mais variegados motivos. Vejamos, para o caso específico da jurisprudência trabalhista.

2 – INVERSÕES PRETORIANAS DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: BREVE ESCORÇO

Nos Tribunais laborais, há larga jurisprudência sumulada sobre repartição do ônus da prova, ora meramente declaratória do modelo legislativo em vigor, ora efetivamente inovadora (= inflexões *pretorianas*). Vejamos alguns casos.

A Súmula nº 6, VIII, do TST dispõe, sobre equiparação salarial, que “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. Isto era apenas reproduzir, *in litteris*, o dispositivo do art. 333, II, do CPC/73 – e, agora, do art. 373, II, do CPC/2015 –, já que o empregador será o réu. Melhor faria o enunciado se esclarecesse, p. ex., o que se considera como fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação: *e.g.*, a diversa perfeição técnica ou a diversa produtividade entre paradigma e paragonado, ou ainda o tempo de serviço na função superior a dois anos, todos fatos impeditivos à luz do art. 461, *caput* e § 1º, da CLT.

limita-se ao procedimento administrativo voltado para o recebimento do salário-de-benefício [*rectius*: do benefício]. Em segundo lugar, não se inverte um ônus de provar ao se estabelecer um dever legal de prestação de informações, no caso, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais”. Mas a seguir concede: “A não apresentação dessas informações pelo INSS, porém, pode ser utilizada como elemento de convicção do julgador ao apreciar uma demanda voltada para o recebimento do benefício previdenciário”. De nossa parte, acompanhamos Sá dos Santos: se o único objeto da prova, nos pedidos simples de aposentadoria, é o tempo de serviço ou contribuição e o elenco histórico das contribuições – todas as informações disponíveis no CNIS –, e se o INSS é legalmente obrigado a apresentá-los no procedimento administrativo (não se exigindo, naquele âmbito, qualquer atividade probatória anterior do segurado), não é lógico que, na demanda judicial, essa vantagem seja perdida. O ônus da prova resta aprioristicamente invertido, até mesmo em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Se, todavia, a prova documental carreada pela autarquia infirmar a pretensão inicial, caberá ao autor a contraprova, seja ela documental (v., no plano administrativo, o art. 29-A, § 2º, da Lei nº 8.213/91), seja mesmo oral (v. art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). V. ainda, *supra*, o tópico 27.3.1, n. III (quanto à interpretação conforme do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91).

9 *In verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. V. a respeito: FELICIANO, G. G. *Direito à prova... passim*.

DOCTRINA

A Súmula nº 12 do TST dispõe que “as anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*”. Outra vez o verbete não trouxe grande novidade, a não ser por assegurar ao empregado o direito processual à contraprova. No subtexto, reputa-se satisfeito, pela prova preconstituída em CTPS, o *onus probandi* do empregador em torno da matéria.

A OJ SDI-1/TST nº 215 dispunha que “é do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”, *i.e.*, a sua necessidade e a manifestação de vontade perante o empregador. Nisto, mais uma vez, apenas aplicava a lógica do *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. No entanto, essa orientação foi *cancelada* pela Resolução nº 175, de 24.05.2011, o que levava a supor que a jurisprudência do TST poderá vir a *inflitir* o ônus da prova, em favor do empregado, também nessa hipótese. E, de fato, foi editada em 2016 a Súmula nº 460 do TST, pela qual “é do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício”. Dá-se, pois, clara inversão do ônus da prova, pois caberia ao reclamante, *a priori*, fazer a prova dos requisitos indispensáveis para o direito ao vale-transporte (fatos constitutivos do direito).

Já a Súmula nº 212 do TST estabelece que “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”. Aqui efetivamente se inverteu o ônus da prova, a partir de uma presunção *hominis* derivada do princípio da continuidade da relação de emprego: embora seja alegação do empregado a data e o modo de terminação da relação de emprego, cumprirá ao empregador provar eventual data ou modo mais favorável aos seus interesses, resolvendo-se as dúvidas em seu detrimento (e inflitando-se, portanto, a regra do art. 818 da CLT, na direção do que fez a legislação portuguesa, *ut* artigo 435.º, 1 e 3, do CT).

A OJ SDI-1/TST nº 233 pontificou que “a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”. Nisto, *modulou* o ônus da prova, inflitando parcialmente a regra do art. 818 da CLT: comprovadas as sobrejornadas em certo período, o juiz poderá, também por *praesumptio hominis*, considerar que as mesmas sobrejornadas eram praticadas em outros períodos, não abrangidos pela prova (o que significa, na prática, *inverter o ônus da prova* dos excessos nos períodos não provados).

A OJ SDI-1/TST nº 301 dispunha que, “definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito de FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor”. Aqui também se aplicava, a rigor, o princípio da melhor aptidão para a prova (já que a guarda das guias é temporariamente obrigatória para o empregador, *ut* arts. 2º e 3º da IN SIT/MTE nº 84/2010), mas buscava travesti-lo de legalidade formal com a remissão ao art. 818 da CLT, “interpretando” o dispositivo para reconhecer uma “alegação de inexistência de diferenças”. Nada obstante, também essa orientação foi *cancelada* pela Resolução nº 175/2011, o que insinuava refluxo jurisprudencial, agora num sentido menos tuitivo. Não foi, porém, o que ocorreu. Em 2016, editou-se a Súmula nº 461 do TST, pela qual “é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)”. Nesse caso, porém, seguiu-se o padrão do art. 373, I, do CPC/2015.

A Súmula nº 338 do TST, enfim, consubstancia atualmente o mais bem acabado exemplo de inflexão do ônus da prova no universo processual trabalhista, em matéria de duração do trabalho, redistribuindo a carga probatória conforme a aptidão para a prova (embora, na literalidade do art. 818 da CLT, a alegação de jornada extraordinária seja sempre do empregado); nesse encaixe, dispõe:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 234 e 306 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001) III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas

extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1, DJ 11.08.03)”¹⁰

O mesmo se diga, mais recentemente, da Súmula nº 443 do TST, aprovada por ocasião da *Segunda Semana Jurídica do Tribunal Superior do Trabalho* (2012), presumindo, à falta de prova bastante das razões objetivas da dispensa, que é *discriminatória* a dispensa de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença de caráter estigmatizante. Nesses casos, presumida a discriminação, aplicam-se integralmente os efeitos da Lei nº 9.029/95¹¹. Estabilizou-se, com o novo verbete, jurisprudência que há muito vinha sendo repercutida nos Tribunais Regionais¹². *In verbis*:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

-
- 10 O art. 74, § 2º, da CLT estatui que “para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”. Logo, por dever legal, o empregador com mais de 10 empregados está *obrigado* a manter controles de ponto, o que o torna muito mais *apto* para produzir essa prova em juízo. *A contrario*, manter esse ônus com o empregado, por obediência cega à letra do art. 818 da CLT, significaria “premiar” o empregador desidioso com suas responsabilidades administrativas: desatendendo ao comando do art. 74, § 2º, da CLT, não geraria prova preconstituída; e, por seu ilícito (sancionado com multa, *ut art.* 75 da CLT), teria em juízo a vantagem de que a prova da jornada alegada caberia, de regra, ao trabalhador reclamante. Nada mais ignominioso.
- 11 A Lei nº 9.029, de 13.04.95, “proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”.
- 12 V., e.g.: TST, AIRR 8925-84.2010.5.01.0000, 8ª T., Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 03.08.2011, DEJT 05.08.2011. *In verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (g.n.). Ou, ainda, TST, RR 124400-43.2004.5.02.0074, 1ª T., Rel. Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, j. 25.04.2012, DEJT 11.05.2012. *In verbis*: “RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso*. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido” (g.n.). Vale lembrar que, na estreita visão do art. 818 da CLT, nada disso seria possível.

Chega-se, por fim, à figura dos *assédios*, *i.e.*, do assédio sexual e do assédio moral. Embora a matéria ainda não esteja sumulada, a técnica da inversão do ônus da prova tem sido frequentemente aplicada pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Com efeito, em diversos julgados se tem admitido, à falta de prova da normalidade da conduta, que *o abuso foi perpetrado*, mesmo à falta de testemunhas oculares. Sobre essas nos debruçaremos, adiante, no tópico nº 4. Registre-se, porém, não ser essa a jurisprudência dominante nos últimos anos, especialmente em alguns Tribunais Regionais¹³.

Afinal, poderão os Tribunais, à falta de previsão legal expressa, consolidar esse entendimento? Com que fundamentos? Vejamos.

3 – ÔNUS DA PROVA E INFLEXÕES FORMAIS. INTERPRETAÇÃO CONFORME

As inflexões procedimentais como essas que estamos examinando, quando legitimadas por juízos concretos de ponderação jusfundamental, temos chamado de *inflexões formais do devido processo legal*. Com isto, queremos significar que:

“(…) as inflexões formais decorrem de específicos poderes assistenciais que as ordens jurídicas democráticas acometem a juízes e Tribunais,

13 Assim, p. ex.: “ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não restando provado, por parte da reclamante, o alegado assédio moral, correta a sentença ao não deferir a pleiteada indenização correspondente” (TRT da 7ª Região, RO 0001721-79.2010.5.07.0013, 2ª T., Rel. Paulo Régis Machado Botelho, DEJT 14.11.2011). “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Não demonstrada pela prova dos autos o propalado assédio moral perpetrado pela reclamada, o indeferimento do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe. Recurso parcialmente provido” (TRT da 7ª Região, RO 0000702-47.2010.5.07.0010, 2ª T., Relª Maria Roseli Mendes Alencar, DEJT 03.10.2011). “DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVA. O panorama instrutório se presta suficientemente para respaldar as lúcidas conclusões da magistrada sentenciante quanto à ausência de elementos probatórios robustos da ofensa moral alegada, em face mesmo da impossibilidade de se dar crédito aos depoimentos das testemunhas do autor – sob suspeita de troca de favores e aliciamento – os quais, por outro lado, foram contrariados, em seu conteúdo, pelas testemunhas conduzidas pela empresa que ressaltam o clima de tranquilidade e harmonia na agência gerenciada pela Sra. Rosângela, impondo-se, pois, a confirmação da sentença vergastada, também neste tocante” (TRT da 7ª Região, RO 0079900-91.2009.5.07.0003, 1ª T., Relª Rosa de Lourdes Azevedo Bringel, DEJT 08.11.2011). “ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Indevida indenização por danos morais quando não restou evidenciado o alegado assédio moral, ônus que incumbia ao reclamante (art. 818 da CLT c/c o art. 333, inciso I, do CPC). Não se vislumbram nos autos quaisquer indícios de que tenha o autor tenha sofrido constrangimento em razão de receber salário inferior aos paradigmas indicados. Sentença que se mantém” (TRT da 9ª Região, RO 1558-2008-094-09-00.0, 4ª T., Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, DJe 14.05.2010, p. 243). V. ainda, entre outros: TRT da 9ª Região, RO 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, 1ª T., Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes, DJPR 23.11.07; TRT da 3ª Região, RO 0001235-68.2011.5.03.0014, 2ª T., Rel. Des. Jales Valadão Cardoso, DEJT 02.02.2012.

sob limites, para que os exerçam atendendo às necessidades objetivas do litígio e às características do bem da vida *sub iudice*”;

e que:

“(…) a escrutinação desses poderes permite identificar normas constitucionais adscritas definidoras de *novos direitos processuais* fundamentais, aptos a justificar imediatamente grande parte das inflexões formais (e a extremá-las de deflexões ilegítimas), como o direito a um processo efetivo, o direito a um procedimento adequado (para o direito material em tese e para as circunstâncias fático-concretas), o direito a um contraditório eficaz, o direito a uma jurisdição corretiva e transformadora, o direito à coisa julgada constitucional e o direito a meios de execução efetivos e adequados.”¹⁴

São, pois, alterações pretorianas da ordem positiva de repartição do ônus da prova, que eram outrora decididas fora de qualquer permissivo legal expresso, explicando-se pouco ou mal em perspectiva legal-positiva, mas que se compreendem bem sob a égide de inflexões formais constitucionalmente inscritas e juridicamente legítimas (sempre no contexto de ponderações judiciais concretamente estabelecidas). Já não é mais assim, para o processo civil, à luz do atual art. 373, § 1º, do NCPC; como talvez jamais tenha sido para o processo do trabalho, à luz do art. 765 da CLT.

E, em uma ou outra perspectiva, tais inflexões cabem nos processos que versam sobre assédios morais? Certo que sim.

Em todas as variações baseadas na teoria das inflexões do devido processo legal formal, as intervenções – e, na espécie, as inversões ou exclusões do ônus da prova – devem ser operadas com base em *argumentação jusfundamental* bastante. Amiúde, dão-se em processos que discutem, nalguma dimensão, direitos humanos fundamentais em tese afetados pela conduta da parte finalmente onerada com o encargo da prova (como o direito à vida, à saúde, à imagem ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou aos próprios direitos sociais fundamentais), ora em processos nos quais se reconheceu que uma das partes detinha instrumentalmente a *melhor aptidão para a prova* (e.g., quanto à prova da notificação da autuação de trânsito – em relação jurídica de tipo subordinativo que nada tem, p. ex., com o CDC e a regra do art. 6º, VIII – e quanto à própria prova da jornada na Súmula nº 338 do TST). Essa constatação já nos dá indícios do que diremos logo adiante, quando buscaremos formular uma

14 FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do due process of law na tutela processual dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.355 e ss.

justificação constitucional de fundo para todas as inflexões aqui comentadas (ou, ao menos, a maior parte delas).

Por ora, todavia, interessa dizer que essa variabilidade de hipóteses não se explica adequadamente com a interpretação – mais ou menos elástica – dos preceitos jurídicos definidores de regras de repartição do *onus probandi* (art. 373 do CPC/2015). Há, sim, *inflexões formais* que devem ser reconhecidas. E, para assim demonstrar, recorramos mais uma vez ao processo laboral e ao contraponto com Teixeira Filho. Comentando o art. 818 da CLT, o jurista paranaense obtempera que a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto tem se empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vem procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária¹⁵.

Com efeito, em relação às inversões de carga probatória quanto a jornadas extraordinárias, p. ex., vimos há pouco o entendimento do autor: se o empresário contesta o pedido de horas extras, atrairia para si o ônus da prova, por força do art. 818, já que estaria a alegar a normalidade da jornada – o que, diga-se, vai além da hipótese da Súmula nº 338 do TST, que só admite tal inversão quando pende sobre o empregador a obrigação de documentar, *ut* art. 74, § 2º, da CLT. Da mesma forma, Teixeira Filho advoga que, se o autor pede verbas rescisórias alegando ter sido demitido sem justa causa, e se o réu apenas alega não o ter dispensado, a prova da demissão injusta seria do trabalhador, então à luz do art. 333, I, do CPC/73 (hoje, art. 373, I, do CPC/2015), por ser esse o fato constitutivo do seu direito às rescisórias; já à luz do art. 818 da CLT, o *onus probandi* seria do réu, por ter alegado o fato negativo (de que “não despediu”).

Há nesse raciocínio, com todas as vênias, dois enganos.

Primeiramente, há um equívoco quanto à correta interpretação das regras de repartição estática do art. 333 do antigo CPC (e, portanto, do art. 373 do CPC atual). Nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, em que opera mais fortemente o princípio da continuidade da relação de emprego (veja-se a Súmula nº 212 do TST), o fato constitutivo do direito às verbas rescisórias é a mera *dispensa*, que sempre se presume injustificada. Não é, portanto, a “dispensa imotivada”; a adjetivação não compete à esfera de encargos probatórios do tra-

15 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso...* v. II, p. 976.

balhador. Basta examinar a CLT para assim concluir, em inteira harmonia com a *Satzbautheorie* de Rosenberg. Pela sintaxe do art. 477, *caput*, da CLT¹⁶, duas locuções *condicionam negativamente* a oração principal (que diz do “direito de haver do empregador uma indenização”): a expressão “não existindo” (prazo preestabelecido para a terminação do contrato) e a expressão “quando não haja” (justa causa do empregado). A *Grundnorm*, portanto, está no preceito segundo o qual “[é] assegurado a todo empregado o direito de haver do empregador [na rescisão] uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha recebido na mesma empresa”; e sua característica definidora, à vista do título do próprio capítulo¹⁷, é o fato “rescisão” (= cessação das relações de trabalho). Mas o mesmo dispositivo abriga as respectivas *contranormas*, a saber, a pre-determinação da vigência contratual (que afasta, *e.g.*, o direito ao aviso prévio indenizado) e a motivação obreira para a cessação do contrato (por demissão ou justa causa do empregado, reduzindo sensivelmente os direitos rescisórios). Assim, pelo modelo rosenberguiano, admitindo-se não haver controvérsia sobre a cessação do trabalho (como não há, no exemplo de Teixeira Filho), *o ônus da prova será do reclamado (empregador)*, seja quanto à natureza do contrato de trabalho (prazo determinado), seja quanto à motivação obreira para a cessação (demissão – observando-se a formalidade do art. 477, § 1º, se havia mais de um ano de casa¹⁸ – ou justa causa do empregado), caso oponha esses fatos à pretensão autoral. Precisamente como se orienta atualmente a pacífica jurisprudência trabalhista, sem necessidade de qualquer inflexão formal.

Por outro lado, levada às suas máximas consequências, a proposta de Teixeira Filho conduz ao absurdo (*reductio ad absurdum*): se o art. 818 da CLT deve ser interpretado de modo que todas as alegações de fato da defesa – digam ou não com as “características definidoras” das *contranormas* (Rosenberg),

16 *In verbis*: “É assegurado ao empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”. O art. 477 da CLT ainda norteia toda a indenização rescisória nas dispensas sem justa causa, embora a sua figura principal – a indenização por tempo de serviço do art. 478 da CLT (outrora equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses) – esteja hoje substituída pela indenização do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 (equivalente a quarenta por cento dos depósitos corrigidos do FGTS, tal como devidos da admissão à dispensa), com arrimo no art. 10, I, do ADCT. Assim é que, *p. ex.*, o décimo terceiro e as férias proporcionais seguem sendo calculadas de acordo com a “maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”, o que inclui a integração de horas extraordinárias e de outros títulos salariais habituais.

17 Cap. V do Título IV da CLT: “Da Rescisão”.

18 *In verbis*: “O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho” (g.n.). Trata-se, para parte da doutrina, de formalidade *ad solemnitatem*, que condiciona a própria validade da rescisão por iniciativa do empregado com mais de um ano de casa.

vazem ou não fato negativo – atraíam o encargo da prova, e se essa regra não admite inflexões, então não teríamos encontrado uma “alternativa hermenêutica” ao princípio da inversão do ônus da prova (ou, dir-se-ia mais corretamente, princípio da *repartição dinâmica* do ônus da prova), mas uma solução de quase absoluta isenção processual do trabalhador (ou, pior, do *autor*, que em vários casos poderá ser o empregador¹⁹): alegasse o que bem desejasse, o ônus da prova seria sempre do réu, desde que simplesmente *negasse* o fato (porque, como advertiu Chiovenda – *supra* –, toda negação é a alegação de um fato diverso, e vice-versa). Na prática, somente o réu provaria, o que é insustentável.

Por fim, parece muito claro que toda a elaborada argumentação é construída em torno de uma preocupação meritória e louvável: evitar que a utilização do regramento estático do CPC conduza a armadilhas probatórias que mortifiquem as pretensões materiais dos trabalhadores no processo laboral. Mas essa preocupação com a especificidade “ontológica e finalística” do processo laboral (na expressão do autor) não é outra coisa senão admitir a necessidade de inflexões concretas na repartição estática da lei (que, a rigor, é tão estática no CPC como o é na CLT). Tanto é assim que, logo adiante, o próprio Teixeira Filho pondera:

“A propósito, *muito mais coerente e harmoniosa com os princípios do processo do trabalho seria a adoção subsidiária do inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990* (Código de Defesa do Consumidor) (...). Como se nota, o Código de Defesa do Consumidor, numa atitude vanguardeira, sob a perspectiva legislativa, autorizou o juiz a inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, em duas situações específicas, a saber: a) quando forem verossímeis as suas alegações; e b) quando este for hipossuficiente, ou seja, economicamente debilitado. Pois bem. Conquanto entendamos que o art. 818 da CLT, seja autossuficiente, em matéria de *onus probandi*, *nada obsta a que se utilize, em caráter supletivo, a regra inscrita no inciso VIII do art. 6º do CDC*, máxime nos casos em que o trabalhador for, verdadeiramente, hipossuficiente.”²⁰

19 *E.g.*, inquéritos judiciais para apuração de falta grave (em face de empregados estáveis), ações de consignação em pagamento, ações meramente declaratórias (ou de simples apreciação), ações possessórias, reconvenções, etc.

20 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso...* v. II. p. 977-978 (g.n.). De se recordar, a propósito, que, ao contrário do que pode sugerir o excerto, a “hipossuficiência” objeto do art. 6º, VIII, do CDC não é exatamente, para boa parte da jurisprudência nacional, a hipossuficiência *econômica* que decorre do art. 3º, *caput*, da CLT, mas, sim, uma hipossuficiência de ordem *técnica* (v., *supra*, nota nº 2.322).

Ora, se a legislação processual trabalhista só admite a invocação das normas de processo civil (comum ou especial) quando houver *omissão* da CLT, e se o próprio autor reconhece não ser o texto celetário omissivo nessa matéria (*ex vi* do multicitado art. 818), o que justificaria que o intérprete não pudesse buscar amparo na legislação processual civil comum (art. 333 do CPC), mas estivesse livre para abeberar-se na legislação processual civil especial (art. 6º, VIII, do CDC)? Do ponto de vista do direito positivo, absolutamente nada. O que Teixeira Filho propõe, afinal, é uma *inflexão* do devido processo formal legal (que, pela literalidade do art. 769 da CLT, não consentiria com qualquer regra de repartição do ônus da prova diversa da que se contivesse no art. 818). Mas uma inflexão animada, na sua “escolha” – e se há escolhas, não há neutralidade técnica –, pela maior identidade do ônus dinâmico condicionado da Lei nº 8.078/90 com as características inerentes ao processo laboral e o direito material a ele subjacente. Uma escolha animada, mais pela dignidade diferenciada das pretensões materiais geralmente vazadas no processo do trabalho (direitos individuais e sociais fundamentais), que se agrava pela debilidade econômica presuntiva de uma das partes (reflexível em sede processual). Ou, em suma: uma escolha animada por *conexões de jusfundamentalidade*.

E como podemos justificá-las, identificá-las e defini-las? Vejamos.

A permissão do sistema jurídico-positivo para as inflexões do devido processo formal raramente decorre do manejo de técnicas formais de hermenêutica convencional (como é a interpretação extensiva “pura”) ou de métodos de integração (como é a analogia). Ao revés, as inflexões formais amiúde decorrem de esforços de *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*). E a interpretação conforme a Constituição – que, para autores como Christian Starck²¹, Walter Berka²², Jorge Miranda²³, Gomes Canotilho²⁴ e Gilmar Mendes²⁵, chega a consubstanciar um genuíno *princípio hermenêutico* – é, como se sabe, um instrumento que a) não perfaz simplesmente uma técnica de interpretação, mas antes se situa no próprio âmbito do controle de constitucionalidade²⁶ (difuso ou concentrado); e b) não se limita a processos

21 Cf. MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar...* Band 1. p. 163-164 (*Gebot der Verfassungskonformität*).

22 Cf. BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. Wien: Springer Wien New York, 2005. p. 23-24.

23 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. II. p. 232 e ss.

24 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 1.151-1.152.

25 Cf. MENDES, Gilmar *et al.* *Curso...* p. 119-120.

26 Nesse sentido, no Brasil, há paradigmática jurisprudência no Excelso Pretório. V. STF, Representação 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, TP, j. 09.12.87, DJ 15.04.88, p. 8.397. *In verbis*: “O princípio da

lógico-formais de exegese (como na interpretação enunciativa ou na interpretação gramatical), mas antes se escora nos *conteúdos substantivo-constitucionais* para se desenvolver (e, logo, é um processo *lógico-material* de interpretação, que se abre racionalmente a valores).

O princípio orienta que, perante os múltiplos significados de um dispositivo infraconstitucional, dentro do âmbito (e limite) do sentido possível do texto (*des möglichen Wortsinnes*), os intérpretes/aplicadores da Constituição escolham aquele(s) que o torne(m) consonante com a Constituição, e não aquele(s) que resulte(m) em sua declaração de inconstitucionalidade²⁷. É, segundo Mendes *et al.*, “um cânone interpretativo [que] ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura”²⁸.

Mas não é só. Para além de se escolher a interpretação que se compatibilize com a Constituição (e não o contrário), intelecções mais recentes da *verfassungskonforme Auslegung* sinalizam que, entre as várias interpretações

interpretação conforme a constituição (verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (g.n.). A ementa e o julgado trabalham com a ideia de a mínima conformidade com a vontade do legislador *lato sensu* – inclusive quanto à literalidade mínima (ao referir “a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa”). Como resultado do julgado, o Senado Federal editou a Resolução nº 31/93, suspendendo a eficácia do § 3º do art. 65 da LOMAN (que tratava de vantagens pecuniárias de magistrados).

27 BERKA, Walter. *Lehrbuch...* p. 23. Para bem delimitar as possibilidades do instrumento – dentro da literalidade do texto normativo – e assim extremar as hipóteses de interpretação conforme daquelas da inconstitucionalidade *in abstracto*, o lente da Salzburg acrescenta: “Voraussetzung für die Anwendung der ‘Korformitätsregel’ ist zunächst ein Auslegungsspielraum, der durch den Wortsinn begrenzt wird. Widerspricht ein Gesetz nach seinem eindeutigen Sinn der Verfassung, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden (...)”. É como tem se manifestado, ademais, o próprio VfGH (1986). De outra parte, extrai-se igualmente da jurisprudência do VfGH (1996) que a interpretação conforme não prescinde de juízos de ponderação (*Abwägung*), pela via da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, p. ex., em sede de limitações ao direito de propriedade, entendeu-se que a interpretação conforme, que valha a constitucionalidade do ato normativo, só poderá ser aquela que assegure ao proprietário uma fruição econômica *razoável* do bem: “Eigentumsbeschränkenden Regelungen ist in verfassungskonformer Auslegung zu unterstellen, dass sie unter einem Vorbehalt des wirtschaftlich Zumutbaren stehen” (BERKA, Wagner. *Lehrbuch...* p. 24). V. *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes*, ns. 11.036/1986 e 14.489/1996 (respectivamente).

28 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso...* p. 119. Daí que a constitucionalidade se *presume*, enquanto a inconstitucionalidade deve ser demonstrada “de modo cabal, irrecusável e incontroverso”.

constitucionais de uma norma, há que se optar por aquela que *mais agudamente se orienta para a Constituição*, ou que *melhor corresponda* ao seu programa normativo²⁹. No dizer de Mendes, vê-se no princípio um “mandato de otimização do querer [objetivo] constitucional”. E é esse o ponto fulcral, nomeadamente em sede de direitos humanos fundamentais. Tendo em conta que a literalidade do artigo 344.º do CC *não veda expressamente* outras hipóteses de inversão do ônus da prova, extrair do preceito a sua *ratio essendi* – como fez, e bem, Lynce de Faria – para com ela autorizar inversões pretorianas onde as mesmas razões de necessidade ou conveniência se ponham, com vista à consecução de decisões de mérito mais afinadas com as possibilidades concretas das partes e a dignidade das pretensões materiais envolvidas, é indubitavelmente um modo de *otimizar o due process of law* (quanto à efetividade da jurisdição e ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa); e, por ele, os próprios direitos fundamentais *in tese* vindicados. Realiza-se, de resto, o princípio da máxima efetividade (especialmente importante em contextos de crise ou vulnerabilidade hipotética de direitos humanos fundamentais, como, p. ex., nos supostos de assédio moral).

Nem por isso, porém, estava ferido de morte, no que tange à repartição do ônus da prova, o disposto no art. 333 do CPC/73 (e tanto menos no art. 373 do CPC/2015, atualmente, considerando-se que, agora, há exceções à regra geral dispostas no próprio § 1º). *O modelo rosenberg-chiovendiano* – prova dos fatos constitutivos pelo autor, prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu – *segue como pano de fundo para as relações processuais civis e laborais, em todo caso*. Todavia, sob competente argumentação jusfundamental (sindicável no Tribunal *ad quem*), aquele modelo pode ser *dinamizado*, com inversões ou exclusões pretorianas do *onus provandi*, diante de circunstâncias concretas justificadoras. Não são decisões despóticas. São decisões juridicamente fundamentadas, de base constitucional, que se sujeitam a todos os controles próprios do sistema recursal.

Enfim, na vereda da argumentação jusfundamental, exatamente com que base jurídica constrói-se a inversão?

A justificação material constitucional, a nosso ver, explica-se quase por si mesma. Na dicção de Ugarte Cataldo (referindo-se ao processo laboral e, logo, à questão do assédio moral trabalhista),

“não existe uma única técnica de mitigação probatória, mas várias modalidades distintas que, sem embargo, servem a um mesmo objetivo:

29 Cf., por todos: MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 290-291. V. Também: MENDES, Gilmar. *Curso...* p. 120.

facilitar a posição probatória (aligeirar o ônus da prova) do trabalhador autor, alterando o axioma central em matéria probatória, de que a prova de um fato corresponde a quem o alega, atendida uma pluralidade de razões de política judiciária: a realização de interesses gerais de justiciabilidade dos direitos fundamentais – garantias de justiça –; lidar com o problema prático consistente nas dificuldades da prova do fato discriminatório ou contrário ao direito fundamental – debilidade da posição probatória –, o que leva a *estabelecer regras específicas de distribuição da prova a favor da posição subjetiva do trabalhador*, agravando-se simetricamente a do empresário demandado.³⁰

Já a *justificação processual* desafia certa problematização, para melhor entendimento.

A rigor, o chamado “princípio da aptidão para a prova” – pelo qual o encargo da prova deve caber aprioristicamente àquele que a puder produzir com menor sacrifício, ou sem dificuldade excessiva que impeça ou estorve sensivelmente a satisfação da pretensão material³¹ – nada mais é do que uma *concreção* do direito à tutela judicial efetiva, no sentido de um acesso à jurisdição *plena e justa*. Com efeito, os órgãos jurisdicionais têm o dever de repelir toda interpretação formalista e desproporcional de elementos procedimentais que os conduzam a negar acesso ou efetividade à jurisdição. Ao revés, devem adotar as intelecções que resultem mais consentâneas com a perspectiva funcional do exercício do direito à tutela judicial, abrangente do tripé *acesso, mérito e satisfação*. Ora bem, uma jurisdição que se resolva com insuficiente instrução probatória é uma jurisdição que produz decisões de mérito menos fidedignas à realidade. Noutras palavras, *aproxima-se menos* do ideal conceitual de Verdade como valor-tendência³².

Com isto, bem se vê que a modulação dinâmica do ônus da prova conforme a melhor aptidão probatória tem, por detrás de si, valores jusfundamentais ligados ao *due process of law*: acesso à jurisdição como acesso à melhor decisão de mérito atingível (v., no CPC/2015, o art. 4º: direito à “decisão de mérito justa

30 CATALDO, José Luis Ugarte. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004. p. 132 (g. n.). Não por outra razão, no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho brasileiro, propusemos a positivação do *princípio do ônus dinâmico da prova* (art. 762-C, § 2º, V), que se basearia “na melhor aptidão para a prova, nas constelações de indícios, na verossimilhança das alegações ou na utilidade do processo, sem prejuízo de outros elementos que informem uma repartição fundamentada, exarada em decisão judicial que anteceda a fase instrutória e seja previamente comunicada às partes do dissídio, prevenindo-se a surpresa” (§ 18). Cf. FELICIANO, G. G. *et al. Fênix...* p. 132 e 134.

31 Cf., e.g.: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 84 (reportando-se a Porrás López). V. também, do mesmo autor: *Curso...* v. II. p. 977.

32 V., a respeito: FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo...* § 18º. n. III.

e efetiva”); lealdade e cooperação processual; Verdade como valor-tendência do processo. É nessa medida que, tal como as justificativas de ordem material, também a justificativa de ordem processual, no que diz com a aptidão para a prova, tem fundo jurídico-constitucional. Independentemente de quaisquer debilidades materiais do *ex adverso* (que podem reforçar a conclusão, mas pela lógica jurídico-material), a parte com melhor aptidão para produzir a prova acerca dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos do processo é quem, exatamente pela condição de mais apta, *deve*, em princípio, produzi-la (até porque, já sabemos, o princípio *nemo tenetur edere contra se* aplica-se mormente ao processo penal, não ao processo civil ou laboral³³). Daí se extrair que, não a produzindo injustificadamente, possa vir a suportar o ônus da prova quanto àqueles fatos: escandaliza que, por descumprir o seu dever geral de cooperação processual, quando não obrigações ou deveres materiais de documentação ou preconstituição, a pessoa logre obter uma *vantagem* no processo. Um raciocínio jurídico que conduza a esse resultado é, em si mesmo, antissistemático.

A rigor, mesmo a “objetividade abstrata” da teoria de Rosenberg permitiu soluções que não raro abrigam, a nosso sentir, pendores mais teleológicos do que lógico-formais. Excelente exemplo está nas considerações do próprio Rosenberg quanto ao ônus da prova de uma “violação grave de deveres conjugais” nas ações de divórcio (§ 43 do *EheG*): dever-se-ia esperar do cônjuge ofendido – o autor (e, àquele tempo, geralmente o *homem*³⁴) – não apenas a prova da prática faltosa do *ex adverso*, senão também a prova da “ausência das circunstâncias que obstam a que os eventos que fundam a demanda se apresentem como grave falta conjugal” (*i.e.*, a inocorrência de legítima defesa ou de enfermidade mental, ou de qualquer outra razão especial que justificasse, p. ex., a ausência de coabitação sexual, e que viesse a ser alegada pela *rê*). Segundo Rosenberg, essas circunstâncias não se ligariam a normas impeditivas de direitos (como se dá, de regra, com a legítima defesa), mas seriam apenas a concretização do conceito de “violação grave e culposa”, integrante da *facti species* da norma constitutiva. Provar a culpa do adversário, aqui, significaria provar inclusive a inexistência de excludentes de culpa e/ou de ilicitude (o que já não se admite nos Tribunais de hoje). O mesmo se daria, outrossim, nas ações judiciais para a privação da legítima: apontados, *e.g.*, os maus-tratos ao *de cuius*, se o réu alegasse legítima defesa ou estado de necessidade ao tempo da agressão, caberia à parte que quer ver o réu privado da legítima não apenas provar os maus-tratos,

33 V. também: FELICIANO, G. G. *Direito à prova...* Cap. IV. tópico 4.1.

34 Tanto que, nalgumas referências, o próprio Rosenberg referiu-se ao pretense ofensor como “ré” ou “demandada”, na flexão feminina.

mas também a inocorrência da excludente; do contrário, os maus-tratos não se provariam “culposos” para os fins do § 2333, 2, do BGB³⁵.

Ora, em ambos os casos, a repartição sugerida por Rosenberg recrudescerá sobremodo a carga probatória daquele que, pretendendo alterar o *status quo* patrimonial, cria o risco de levar a contraparte ao relativo desamparo (assim, *e.g.*, nas ações de perdimento da legítima, ou ainda nas ações de divórcio, se fosse réu o cônjuge virago); e a recrudescerá tão intensamente que inclusive acomete, à parte ofendida ou interessada, a prova de fatos negativos definidos (*e.g.*, de que a agressão *não se deu* em legítima defesa). Ao revés, em outras situações (em maioria, aliás), a legítima defesa é vista como pressuposto da norma impeditiva e, por isso mesmo, objeto de prova do agressor (não do agredido) – até porque não tem a ver com culpa, mas com ilicitude.

Em outra passagem, discorrendo sobre “os casos em que o ônus da prova recai principalmente sobre o réu”, novamente se insinua o interesse pelos resultados concretos da repartição. Identificando a dificuldade de a parte provar fato negativo (presente – mas ignorada – na hipótese anterior), Rosenberg funda-se nisso para argumentar que o *onus probandi* haveria de ser da contraparte. É o caso da venda sob condição potestativa suspensiva de satisfação do comprador (ou resolutiva de sua insatisfação): o implemento da condição, se consistisse na aprovação, deveria ser provado pelo vendedor; assim como deveria ser provado pelo comprador, se consistisse na *desaprovação*. Isso porque, “em caso de se haver entregue a mercadoria ao comprador para que a aprove ou examine, o silêncio, isto é, uma omissão, vale como aprovação (§ 496, inciso 2) – e, por conseguinte, neste caso se trata de uma condição suspensiva negativa – (...); o adversário [é que] terá que mostrar a declaração de desaprovação por parte do comprador”³⁶, obviamente com melhores condições para fazê-lo (aptidão?), já que seria geralmente o próprio comprador. A expressão “em caso de” indica, ademais, flerte com a ideia de “ônus da prova concreto”.

Daquela justificação material constitucional para as modulações concretas do *onus probandi* não falam, ademais, apenas os processualistas. Também na doutrina constitucionalista encontram-se vozes de nomeada apontando para a necessidade de que o ônus da prova tome em consideração a dignidade das pretensões materiais subjacentes, especialmente se dotadas de jusfundamentalidade (= direitos fundamentais, garantias constitucionais e liberdades públicas). Inclusive em Portugal. Partindo da hipotética processualização de

35 ROSENBERG, Leo. *La carga...* p. 188-189. Múrias, porém, parece ver justamente o contrário (*Por uma distribuição...* p. 49).

36 *Idem*, p. 357-358.

questões jusfundamentais como a objeção de consciência (artigos 41.º, 6, da CRP e 5.º, VIII, da CRFB), o direito de asilo (artigos 33.º da CRP e 4º, X, da CRFB), a manifestação ou reunião pacífica e sem armas (artigos 45.º da CRP e 5º, XVI, da CRFB) e a proibição de associações armadas, paramilitares, racistas ou fascistas (artigo 46.º, 4, da CRP e art. 5º, XVII, da CRFB), Gomes Canotilho³⁷ reportou que

“[o] princípio básico sobre repartição do ónus da prova é, como se sabe, este: a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (assim, precisamente, o artigo 516.º do Código de Processo Civil português). Transferindo, de plano, este princípio para os direitos, liberdades e garantias, o princípio da repartição do ónus da prova poderia formular-se assim: quem invocar um direito fundamental (*rectius*: um direito, liberdade e garantia) deve fazer prova de que lhe assiste esse direito. Mas as coisas não são assim tão simples.

(...) As consequências de uma radicalização do princípio geral do ónus de prova neste domínio justificam já esta primeira interrogação: quem suporta o risco de não ver provido o que se pede – ser ou não ser objector de consciência? O titular do direito á objecção de consciência ou o Estado?

(...) O risco do ónus de prova incide, em termos gerais, sobre a parte (o titular do direito) que reclama o direito de asilo. O risco, como se vê, redundava ou pode redundar numa discricionariedade total das autoridades quanto à produção da prova do direito de asilo.

(...) Mas uma manifestação com armas tradicionais (*e.g.*, de índios, de zulus) cabe ou não no âmbito de protecção jurídico-constitucional? A quem cabe o ónus da prova?

(...) Quem é que tem de provar que não é associação armada, militar, paramilitar, militarizada, racista ou fascista? Os cidadãos ou as autoridades?”

E, após uma série de considerações (que passa pela própria análise do ónus da prova – na verdade, *onus da alegação e da demonstração*, pois neste caso não há matéria fática – decorrente da inversão ditada pela *presumption of constitutionality* das leis), termina por argutamente indagar: “Será o legislador mais livre na conformação de regras processuais probatórias, de incontornável relevância para a efectividade dos direitos, do que na restrição material de

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos...* p. 169-175 (*O ónus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova*).

direitos, liberdades e garantias?” Ou – o que é o mesmo – “poderá o legislador processual estabelecer regras probatórias conducentes a uma distribuição injusta do ónus da prova?” Por tudo o que já se viu *supra*, e supondo-se que a “injustiça” configure-se pela virtual lesão a direitos, liberdades e garantias, a resposta é pronta e inequívoca: *não*. O *procedural due process* deve se conformar ao *substantive due process*³⁸ – o que significa que as soluções processuais legislativas, no marco do *procedural due process*, não podem tisonar perene e desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

Por isso mesmo, na resposta àquela indagação, Canotilho termina por formular o princípio do *in dubio pro libertate*, nos seguintes termos:

“Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isto justifica que *quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições*. Assim, por exemplo, quando estiver em causa a aplicação de uma medida privativa de liberdade em caso de perigosidade criminal baseada em grave anomalia psíquica, o ónus da prova pertence não ao titular do direito à liberdade, mas às entidades (judiciais ou outras) que solicitam a medida de segurança.” (g.n.)

E conclui:

“Os direitos fundamentais transportam sempre uma *dimensão subjectiva* (são direitos das pessoas) e uma *dimensão objectiva* (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que *quando a medida justa da distribuição do ónus da prova é fundamental para a garantia de um direito*, se devem evitar teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham *soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias*.” (g.n.)

No mesmo sentido, ademais, a jurisprudência estadunidense já vem reconhecendo uma insuficiência metódica das regras de distribuição do ónus da prova, quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa (*basic*

38 FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo...* § 25º. n. III.

constitucional rights)³⁹. Não se trata, portanto, de uma percepção isolada ou anarquista.

Mas o fato é, esteja inserta em um estatuto jurídico-substantivo ou em um estatuto jurídico-processual, uma regra legal probatória raramente será injusta *in abstracto*. A injustiça amiúde será *casuística*: desvelar-se-á apenas no caso concreto, diante dos pressupostos e das circunstâncias de aplicação daquela regra. É o que se passa em sede de repartição do ônus da prova. O modelo rosenberg-chiovendiano não é injusto *in se*; aliás, jamais sustentamos isso. A injustiça não está na regra, mas na sua peculiar concretude em certos contextos. Nessa esfera, o legislador já não pode agir; e, nada obstante, impende corrigir os excessos derivados do poder de conformação legislativa, ainda se imprevisíveis ao tempo da conformação, ou o sistema falharia em um de seus mais relevantes papéis (função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais⁴⁰). Deve agir, portanto, o juiz.

4 – ÔNUS DA PROVA E ASSÉDIO MORAL

Historicamente, os textos legislativos de processo civil e laboral positivaram modelos de repartição do *onus probandi* que se caracterizam pela *abstração*, pela *fixidez* (*modelos estáticos*) e pela *configuração ex ante*. Disso não resulta, porém, que tais modelos não admitam inflexões formais de cariz judicial, calibradas pelo *substantive due process* (proporcionalidade, capacidade de aprendizagem), de acordo com necessidades concretamente aferidas e à mercê de circunstâncias excepcionalmente relevantes. De outro modo, privar-se-ia o juiz do poder de eleger as técnicas processuais *mais adequadas* para prover jurisdição efetiva. É que os modelos estáticos não são capazes de tomar em consideração as *particularidades do direito material e do caso concreto* para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento de feição liberal é um processo neutro; e, logo, *injusto* em alguns contextos, porque insensível às necessidades do direito material, não permitindo ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida (Marinoni⁴¹). Se o direito de acesso à ordem jurídica justa – ou à justa composição do litígio – traduz um gradiente apreciável de justiça material, é ingente admitir que o exercício adequado do direito constitucional de ação, na perspec-

39 Cf. NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast*. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre. Berlin: F. Vahlen, 1989, *passim*.

40 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais...* p. 59 e ss.

41 Cf., e.g.: *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 31.

tiva da máxima efetividade, supõe “a necessidade de procedimento, cognição, provimentos e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão do direito material”⁴². Logo, não pode haver um encilhamento formal irreduzível. Quando as regras estáticas de repartição do ônus da prova tendem a determinar o sacrifício (materialmente) injustificado das pretensões de direito material, evocar a cláusula do *due process of law* significará, inclusive, reconhecer que o juiz detém meios bastantes – dir-se-ia mesmo “poderes implícitos”⁴³ – para evitar aquele sacrifício e reconduzir o binômio processo-procedimento a uma condição razoavelmente isonômica e calibrada.

Pois bem. Para essa recondução, o “meio” por excelência foi explicitado há pouco: as regras legais formais de distribuição do *onus probandi* desafiam, em todo caso, *interpretação conforme a Constituição*, em regime de ponderação prática e harmônica de bens e direitos (Hesse) e sob fundamentação concreta. Esse instrumento servirá para *evitar* o modelo estático – que passa a ter *papel ordinário* ou *residual*⁴⁴ no sistema processual não penal (já não, porém, como critério absoluto ou incondicional) – quando a sua observância cega ameaçar concretamente a integridade de outros direitos fundamentais em tese (“direitos prováveis”) ou mesmo os escopos naturais do *due process of law*. Em tais casos, à vista dos interesses materiais em jogo e da própria funcionalidade do processo, o juiz *redistribuirá* o ônus probatório, com a devida e prévia comunicação às partes (e sob regular contraditório, atual ou diferido). Poderá fazê-lo *ex officio* ou a requerimento das partes, com a competente fundamentação; em não o fazendo – ou indeferindo, p. ex., o requerimento correspondente –, sinalizará que a demanda concreta não tem traços de excepcionalidade que permitam suspender o modelo ordinário-residual, de modo que a repartição far-se-á segundo o esquema legal formal em vigor (no Brasil, arts. 373 e 374 do CPC/2015, inclusive para o processo laboral; em Portugal, artigos 342.º a 344.º do CC).

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 124.

43 Pela *teoria dos poderes implícitos*, para cada competência ou atribuição outorgada pela Constituição estão implicitamente outorgados amplos poderes para a respectiva execução, desde que não expressamente limitados. Surge na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*, quando aos poderes do Congresso, e daí se espalha para o mundo. Foi já evocada pelo STF em algumas ocasiões (recentemente, v. STF: HC 107.644/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2011): reconheceu-se ao delegado de polícia, por lhe competirem as funções constitucionais de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, *ut art. 144, § 4º*, da CRFB, o poder implícito de *conduzir coercitivamente* o suspeito para prestar esclarecimentos, se ele a isso resistir, ainda que inócua qualquer hipótese legal de prisão. Confira-se, de resto, o § 33º *infra*.

44 “Residual”, aqui, como adjetivo concernente a *fundo, raiz ou âmago* (v. *Dicionário Aulete*, verbete “resíduo”. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2012), e não como “resto”, “escória” ou “sobra”. O modelo rosenberg-chiovendiano segue sendo o *modelo de fundo*, a que retrocedem todos os casos que não desafiem a distribuição dinâmica do ônus probatório.

A utilidade/necessidade da *fundamentação prévia* da repartição dinâmica, a partir de uma hermenêutica constitucional focada na máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais em tese afetados, arranca da constatação de que o esquema rosenberguiano representou decerto uma evolução, mas é hoje insuficiente para racionalizar a repartição do ônus da prova no processo civil⁴⁵; e, nessa alheta, propor uma repartição dinâmica constitucionalmente ancorada parece convergir para a ideia de uma *distribuição fundamentada* como norte para o melhor equacionamento do problema (Múrias⁴⁶).

Poder-se-ia objetar, porém, que essa é uma solução propícia às instabilidades e à insegurança jurídica (como de resto objetarão todos os que lerem estas linhas com os olhos do juiz “enunciador”). Essas críticas aparecem muito dura e evidentemente nas monografias de Taruffo⁴⁷ e Verde⁴⁸, por exemplo.

45 Além das razões já alinhavadas, quanto à sua fixidez ancilosadora, pode-se acrescentar, com Múrias (especialmente para o caso português): a *Normentheorie* é estéril no plano legislativo (não consegue assegurar a estabilidade afiançada e pressupõe um legislador disposto a enunciar a lei segundo os seus esquemas linguísticos, o que é por tudo duvidoso), torna-se inutilizável sempre que o aplicador do direito não possa reconduzir o seu juízo a um texto legal ou equiparável (assim, e.g., se decidir por princípios jurídicos implícitos, por cláusulas gerais ou por conceitos jurídicos indeterminados), é limitada – quando não contrariada – pelos próprios limites do instituto do ônus da prova e, por fim, o seu “funcionamento (...) em casos de ‘normas autônomas incompatíveis’ implica uma atenção incompleta à avaliação substantiva dos problemas” (MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição...* p. 87-92, 131-143 e 160). No mesmo diapasão, Micheli obtempera que *não se podem reger pela mecânica da repartição estática do ônus probatório*, ainda quando haja matéria de fato, os julgamentos que se façam por princípios gerais de direito, pela aplicação de princípios do direito comparado ou pela própria aplicação do costume. Cf. MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jul./set. 1976, n. 03, p. 161-168; e ainda, do mesmo autor: *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942, *passim*.

46 *Por uma distribuição...* p. 156-157. Como esplendidamente evidenciou, “numa área em que os ‘factos’ relevantes não se encontram previstos na lei, a ‘teoria’ redundante em pura arbitrariedade e fonte de desequilíbrio entre as partes, pela unilateralidade da ‘distribuição’” (p. 157); e, por conta disso – embora sem caminhar adiante na investigação de quais poderiam ser os critérios materiais que fundariam com maior especificidade a distribuição do ônus probatório –, sinaliza claramente a sua opção por um recuo nas “grandes narrativas”, de que são espécies as teorias generalizantes. Percebe-se isso no elogio que faz a Wahrendorf, a quem creditou “o grande mérito de querer fundamenta o ônus da prova por institutos, e não, de uma vez só, para a totalidade do sistema” (g.n.).

47 TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, p. 755-756. Para Taruffo, o risco de arbítrio e manipulação, quando a repartição do ônus da prova é feita pelo juiz, “caso por caso e *ex post*”, seria incontornável e insuportável. Considerando-se, porém, o que registramos na nota nº 2396, concluir-se-á que, em um ambiente de renascimento da jurisprudência dos valores pela matriz do “pós-positivismo”, esse risco *já existe*, mantenha-se ou não a fé nas virtudes do regramento geral e abstrato daquela repartição. Cada vez mais se julga com base em *princípios*, em ensejos que dificilmente poderiam ser reduzidos ao modelo rosenberguiano ou a qualquer outro modelo estático-formal. Melhor será, portanto, desenvolver conceitos, discursos e rotinas que permitam a controlabilidade das decisões judiciais nesse novo ambiente. É o que propomos.

48 VERDE, Giovanni. L'inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, p. 720 (menos incisivamente).

Essa margem de insegurança, segundo nos parece, é da natureza mesma das técnicas processuais que procuram equacionar o processo a partir de parâmetros materialmente mais justos; é, por assim dizer, o “preço” de um binômio processo-procedimento mais afinado com as pretensões materiais subjacentes e a realidade de entorno. E, não bastasse, é também um aspecto do espírito do nosso tempo.

Nada obstante, é perfeitamente possível buscar *tecnologias* que minimizem a sensação de imprevisibilidade, engendrando conceitos e procedimentos a que possam aceder os operadores mais ávidos por juízos subsuntivos (mas, é claro, sem jamais reproduzir a lógica estritamente cartesiana do direito moderno legal formal, repleto de conformidades *more geometrico*). Ao inverter ou modular concreta e dinamicamente o ônus da prova (*ex post legem*), o juiz não o fará arbitrariamente, esgrimindo lugares-comuns teóricos (“dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”) como salvo-condutos de manipulação; ao revés, aliará à argumentação jusfundamental, como causa eficiente da inversão/modulação, uma ou mais dessas tecnologias, adensadas em bom lastro teórico e reconhecidas pela *communis opinio doctorum*.

Analisemos três dessas tecnologias⁴⁹ – algumas foram já tangidas acima e outras tantas foram exploradas em outros escritos⁵⁰ – que “flexibilizam” o esquema rosenberg-chiovendiano de repartição formal-abstrata do *onus probandi*.

49 V., por todos: CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1996, v. 51, n. 2, p. 519 e ss.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 194 e ss. (citando Patti, Taruffo e a própria Catalano). Das tecnologias que menciona, porém, algumas há que devem ser desde logo descartadas ou mitigadas. Assim, e.g., a *tecnologia da probabilidade quantitativa*, de origem estadunidense, que pretende ser um método de *racionalização e quantificação matemática* do nível de pertinência entre a prova produzida e os fatos alegado, expresso pelo chamado “teorema de Bayes”: $P(X/E) = P(E/X) \cdot P(X)/P(E)$, em que “X” e “E” são os eventos que se quer relacionar, “P(X/E)” é a probabilidade de um evento “X” dado um evento “E” e “P(E/X)” é a frequência estatística com a qual, dado “X”, verifica-se “E”. Poder-se-ia eventualmente aplicar essa tecnologia, no processo civil, para inverter o ônus da prova, mas jamais para excluí-lo absolutamente, porque desumaniza a justiça (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 198). Na prática, a tecnologia da probabilidade quantitativa já fundamentou condenações *criminais* perante cortes norte-americanas, como na corte de Los Angeles, com o célebre caso Collins (em que se admitiu como prova cálculos estatísticos que indicavam haver uma única possibilidade, sobre doze milhões, de que em um casal diferente dos Collins, mas com as mesmas características físicas narradas pela vítima – jovem branca, loira de cabelos presos em rabo de cavalo, com jovem negro e barbado em automóvel amarelo –, houvesse praticado o assalto). Outro modelo bem similar, mas sem a pretensão de apuro matemático, é a *tecnologia da probabilidade lógica* (dita “baconiana”), muito utilizada nos sistemas de *common law*: a partir de um procedimento de sucessivas tentativas lógico-argumentativas de destruição lógica da relação entre a prova produzida e a alegação (= *method of eliminative reasoning*), obter-se-ia solidez quanto à verdade dos fatos no processo; mas, ao invés de dados estatísticos, utilizar-se-iam, para aquela redução, as máximas de experiência e as presunções *hominis*. No fim, essa teoria acaba desafiando os mesmos defeitos da anterior: deformação da lógica jurídica e desumanização das decisões judiciais.

50 V., mais uma vez: FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo..., passim*.

4.1 – O princípio da melhor aptidão para a prova

Já o definimos acima. Pode ser compreendido – parafraseando-se Carnelutti – como o princípio instrumental pelo qual se atribui a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la⁵¹.

Tal princípio informa, p. ex., a racionalidade da Súmula nº 338 do c. TST, a da cancelada OJ SDI-1/TST nº 301 (ônus da prova quanto ao FGTS) e provavelmente a do cancelamento da OJ SDI-1/TST nº 215 (ônus da prova no vale-transporte), como também a de diversos os julgados portugueses acerca da inversão do *onus probandi* nas ações de preferência (v. ac. STJ de 26.09.91 e todos os similares).

No Brasil, seu emprego é comum no próprio Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos, *ad exemplum*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. 1. Segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos de FGTS, entendimento que se justifica pelo princípio da aptidão para a prova, inclusive pelo fato de que a empresa deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS. 2. Admite-se o recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em desconformidade com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho). 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST, RR 2149-25.2012.5.02.0015, 4ª T., Relª Desª Conv. Rosalie Michaele Bacila Batista, j. 16.12.2015, DEJT 18.12.2015)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. *CULPA IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do Estado do Rio de Janeiro, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, em razão de ser o ente público detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo *a quo* pautou-se no princípio da aptidão para a prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC 16/DF, o qual previu a necessidade da análise

51 V. MACHADO Jr., Julio César. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 145.

da *culpa in vigilando* do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao recorrente o ônus de demonstrar que fiscalizou a empresa prestadora de serviços no adimplemento das obrigações trabalhistas. A decisão, calcada no princípio da aptidão para a prova, está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (TST, AIRR 3852120125010471, 4ª T., Relª Minª Maria de Assis Calsing, j. 17.02.2016, DEJT 19.02.2016)

É o que resta textualmente positivado, ademais, no art. 373, § 1º, do CPC/2015, ao dispor que, “nos casos previstos em lei ou *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (g.n.).

4.2 – A tecnologia da *Anscheinsbeweis*: prova por verossimilhança

Importada do processo civil alemão – conquanto também se possam reconhecer suas bases teóricas na jurisprudência norte-americana dos *prima facie cases*⁵² –, a *Anscheinsbeweis* baseia-se em “hipóteses-tipos” definidas pela lei ou pela jurisprudência que, uma vez verificadas no caso concreto, bastam para a satisfação do ônus probatório da parte, por mera *verossimilhança* (= plausibilidade, credibilidade, atributo do que parece ser verdadeiro ou tem condições de realmente ter acontecido) da alegação. Diante da hipótese-tipo (*prima facie case*), incumbirá à parte contrária provar que aquele fato presuntivo não se verificou.

Com efeito, é esse o modelo de repartição que a jurisprudência norte-americana tem aplicado aos casos de alegadas práticas discriminatórias no

52 “A *prima facie case* is a lawsuit that alleges facts adequate to prove the underlying conduct supporting the cause of action and thereby prevail. Below’s an example dealing with employment discrimination claims. (...) A plaintiff can establish a *prima facie case* of race discrimination under Title VII by establishing that (1) he or she belongs to a racial minority; (2) he or she applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (3) he or she was rejected for the position despite his or her qualifications; and (4) the position remained open after his or her rejection and the employer continued to seek applications from other people with similar qualifications to the plaintiff. *McDonnell Douglas v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973). In *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 253 (1981), the Supreme Court stated that ‘[t]he burden of establishing a *prima facie case* of disparate treatment is not onerous’ (...). After the plaintiff has established a *prima facie case*, *the burden of production shifts to the employer to articulate a legitimate, non-discriminatory reason for the plaintiff’s rejection.*” (*The letric law library*. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/def2/p078.htm>>. Acesso em: 2 out. 2016) (g.n.)

emprego, na esteira do célebre *McDonnell Douglas Corporation v. Green* (411 U.S. 792)⁵³, precedente que remonta ao ano 1973. Não há, portanto, regulação legal. Por aquele precedente, desde que sejam verossímeis as alegações do autor (pelo seu pertencimento a uma minoria racial, pela sua qualificação para o posto e pelo fato de que o posto foi depois ocupado por indivíduo com qualificações similares⁵⁴ – vide nota nº 52), pode-se reconhecer um *prima facie case*, incumbindo ao réu a prova de que as condutas e procedimentos corporativos pautaram-se por critérios objetivos e legítimos⁵⁵.

Em sentido similar, invertendo o *onus probandi* quando das alegações do autor se deduza a existência de “indícios fundados de discriminação” – seja em razão da raça, da etnia, da religião, das convicções, da deficiência, da idade ou da orientação sexual –, vejam-se, na Espanha, os arts. 32 e 36 da Ley 62/2003, de 30 de dezembro (para o processo judicial civil e contencioso-administrativo). Ou, mais extensivamente (para todo o contexto europeu), a *Diretiva nº 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; a *Diretiva nº 2000/78/CE*, de 27 de novembro (sobre igualdade de tratamento no emprego e na ocupação), no seu art. 10; a *Diretiva nº 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de

53 McDonnell Douglas, empresa do segmento aeroespacial sediada em St. Louis e adquirida pela Boeing, demitira em 1964 o mecânico e técnico de laboratório Percy Green, homem negro, durante um episódio de corte de pessoal. Green, ativista de movimentos de direitos civis, entendeu-se discriminado por sua cor e, juntamente com outros trabalhadores descontentes, iniciou uma série de protestos e bloqueios em detrimento da empresa. Ulteriormente aos incidentes, qualificado para uma vaga de mecânico que se abria na McDonnell Douglas, Green não foi admitido, agora com o argumento de que havia participado dos protestos anteriores e causado prejuízos à empresa. Green levou o caso à EEOC e à Corte distrital, de cuja decisão recorreu para a *U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit* e, finalmente, para a *U.S. Supreme Court*, onde obteve ganho de causa por nove votos a zero. Em sua decisão, a *U.S. Supreme Court* registrou: “1. A complainant’s right to bring suit under the Civil Rights Act of 1964 is not confined to charges as to which the EEOC has made a reasonable-cause finding, and the District Court’s error in holding to the contrary was not harmless since the issues raised with respect to 703 (a) (1) were not identical to those with respect to 704 (a) and the dismissal of the former charge may have prejudiced respondent’s efforts at trial. 2. In a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, the complainant has the burden of establishing a *prima facie case*, which he can satisfy by showing that (i) he belongs to a racial minority; (ii) he applied a and was qualified for a job the employer was trying to fill; (iii) though qualified, he was rejected; and (iv) thereafter the employer continued to seek applicants with complainant’s qualifications” (g.n.). Na espécie, eram todos fatos desde logo incontroversos, o que tornava as alegações de Green verossímeis *ab ovo*.

54 Aspectos que ora exsurgirão desde logo incontroversos, ora demandarão alguma prova. Em demandando provas, estaremos mais próximos da tecnologia das constelações de indícios, senão das próprias presunções judiciais (em se identificando, num bem definido fato a provar, a figura de um *fato-base* presuntivo).

55 RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law: visions of equality in theory and doctrine*. New Cork: Foundation Press, 2007. p. 35-54.

DOCTRINA

discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; e a *Diretiva n° 2000/43*, de 29 de junho (sobre a aplicação do princípio da igualdade de trato das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica), em seu art. 8º. Em todos esses casos, bastará, para a inversão do ônus da prova – que deve ser transposta para a ordem legislativa dos Estados-membros –, a mera *alegação* (ou *apresentação*) de fatos que permitam presumir a existência de discriminação direta ou indireta. Na dicção de Ormazabal Sánchez⁵⁶,

“se atendemos à literalidade do preceito, é plausível concluir que o legislador europeu não pretendeu utilizar o instituto das presunções em sua acepção técnica (...), ainda que literalmente utilize o termo ‘presunção’ nas referidas diretivas. Do contrário, o preceito resultaria, ao menos no direito espanhol, supérfluo, pois parece evidente que se o autor aporta fatos que permitem presumir o fato discriminatório correspondente, dito fato quedará fixado e procederá, sem mais, condenar o demandado. Como também é evidente que o demandado poderá aportar provas para desvirtuar dita presunção, se esta não é do tipo *iuris et de iure*, coisa que não sucede no nosso caso.”

A rigor, em todos esses casos, o que se dá é uma pura inflexão formal do encargo probatório em favor da parte que noticia, de modo verossímil, a lesão a um seu direito humano fundamental (notadamente o direito à isonomia formal e ao tratamento não discriminatório).

E no caso brasileiro?

A tecnologia da *Ancheinsbeweis*, que, como visto, usualmente tem em mira situações de aguda assimetria na comunidade processual e/ou pretensões materiais especialmente protegidas, foi positivada no Brasil pelo já referido art. 6º, VIII, do CDC (“quando, a critério do juiz, for *verossímil* a alegação”), podendo decerto ser aplicada em outras espécies litigiosas, notadamente na Justiça do Trabalho (por força do próprio art. 769 da CLT, já que o processo

56 ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 134-135. No entanto, o autor compreende que “el término ‘presumir’ o ‘presunción’ se entende como equivalente a indicio o elemento que, sin probar ni permitir deducir logicamente e lacto discriminatório correspondiente, sugere certa verosimilitud o probabilidade en su comisión. La aportación de dichos indicios provocaría la inversión de la carga de la prueba (...)”. A ser assim, se é ônus do autor *subministrar a prova preliminar de fatos indiciários* (e não apenas alegar de modo verossímil, a partir do que é *ab ovo* incontroverso), parece-nos que estaríamos no âmbito da constelação de indícios, não na *Ancheinsbeweis*. E não é como entendemos esta hipótese, com todas as vênias.

civil consumerista também pode ser considerado “processo comum” para aquele efeito⁵⁷).

No processo laboral brasileiro, aliás, a *Ancheisbeweis* tem sido intuitivamente aplicada para inverter o ônus da prova em ações civis acidentárias (nas quais, pelo acidente e/ou pela doença ocupacional, pede-se indenização civil ao próprio empregador – com base no art. 7º, XXVIII, *in fine*, da CRFB –, *presumindo-se* o nexo de causalidade entre o trabalho e a lesão sofrida, se se tratar, p. ex., de hipótese coberta pelo chamado *nexo técnico-epidemiológico* administrativo⁵⁸, ou mesmo como regra geral). Também aparece, ademais, na já sedimentada jurisprudência que admite a inversão do ônus da prova da dispensa discriminatória, em se tratando de empregado soropositivo para HIV (ou portador de outras doenças igualmente estigmatizantes). É o que dita a recente Súmula nº 443 do TST. *In verbis*:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

E, da jurisprudência originária:

-
- 57 Não por outra razão, aliás, antes do CC/02 – ou mesmo depois –, diversos julgados evocavam o art. 28 do CDC para fundamentar, nas execuções trabalhistas, a desconsideração da personalidade jurídica do empregador. V., por todos: “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA SOBRE BEM DO SÓCIO. A desconsideração da personalidade jurídica, *disregard of legal entity doctrine*, oriunda do sistema de *common law*, consiste na constrição de bens particulares dos sócios e ex-sócios da pessoa jurídica, sempre que frustrada a execução direta nos bens dessa. No ordenamento jurídico nacional vigente, *encontra guarida nos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho*. Proposta a reclamatória trabalhista em face do empregador e das empresas integrantes do grupo econômico, somente os sócios que se retiraram há mais de dois anos desde o ajuizamento da ação (arts. 1.003, parágrafo único, e 1.032 do CCB) é que não poderão ter seus bens pessoais atingidos na execução. Agravos de petição conhecidos e desprovidos (TRT da 10ª Região, 3ª T., AP 00377-2008-014-10-00-2, Rel. Juiz Conv. Grijalbo Fernandes Coutinho, DEJT 10.02.02). Agravo de petição conhecido e provido” (TRT da 10ª Região, RO 796-2012-00210000/DF, 00894-2009-008-10-00-0 AP, Rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, 3ª T., j. 23.01.2013, DEJT 01.02.2013 (g.n.).
- 58 Cf. art. 21-A, *caput*, da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 11.430/06. *In verbis*: “A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando *constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID*, em conformidade com o que dispuser o regulamento” (g.n.).

“O despedimento injusto do empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, *presume-se discriminatório* e como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração.” (TRT da 3ª Região, RO 16691/1994, 3ª T., Rel. Levi Fernandes Pinto, j. 26.07.95) (g.n.)⁵⁹

O aresto acima encerra uma das decisões regionais precursoras, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase 20 anos depois, é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como visto imediatamente acima.

Registre-se, por fim, que boa parte dos autores nacionais e estrangeiros identifica em praticamente todos os casos de *assédio* (sexual ou moral) hipóteses típicas de *discriminação*⁶⁰. Tal se dá, sobretudo, por influência de doutrina e jurisprudência norte-americana⁶¹, já que o *Civil Right Act* (1964), que rege a matéria, não contempla hipóteses autônomas de “assédio” (*harassment*), restando a evocar, mesmo para esses casos, o seu Título VII (que reprime, como *unlawful employment practice*, todas as hipóteses de *discrimination based on race, color, religion, sex and national origin*)⁶². Logo, a nosso ver, essa não é uma redução conceitual que deva ser necessariamente acatada no sistema jurídico brasileiro, onde há muito se *autonomizou* a figura do assédio (v., e.g., o art. 216-A do CP, no âmbito da União, ou a Lei nº 12.250/06, no Estado de São Paulo), sem compulsória correlação com as teorias da discriminação. Nada obstante, a se entender daquele modo (*i.e.*, a se compreender que os assédios são sempre *subtipos* de discriminação), não será apenas por meio da tecnologia da constelação de indícios (*infra*), mas também – a depender do caso – pela tecnologia da *Anscheinsbeweis*, que o juiz do Trabalho poderá, à luz do art. 765 da CLT, inverter o ônus da prova, reconhecendo a discriminação *prima*

59 Trata-se de um dos arestos regionais *precursores*, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase 20 anos depois, já é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como visto.

60 V., por todos: LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011, *passim*.

61 V., e.g.: *Meritor Savings Bank v. Vinson* (1986), o mundialmente famoso *Clinton v. Jones* (1997) e, ainda, *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998). O primeiro tratou de ação judicial movida por *Mechelle Vinson* em face do *Meritor Savings Bank*, sob as alegações de que sofria de assédio sexual no trabalho e de que o *Civil Right Act* proibia quaisquer hipóteses de discriminação no ambiente de trabalho. Já perante a *U.S. Supreme Court*, afirmou-se o entendimento – a favor da autora – de que a interpretação da *Civil Right Act* deveria ser ampla, abarcando todas as formas de discriminação direta e indireta (*disparate treatment*) no ambiente de trabalho, *inclusive* os assédios. Já o último pacificou, também na *U.S. Supreme Court*, a compreensão de que a *Civil Right Act* também protege os trabalhadores contra assédio sexual praticado por pessoas do mesmo sexo.

62 Nada mudou a respeito, ademais, com a edição do *Civil Right Act* de 1991, sob George W. Bush, tampouco com o *Lily Ledbetter Fair Pay Act*, de 2009.

facie e dando disso notícia oportuna à parte contrária (art. 373, § 1º, *in fine*, do CPC/2015).

4.3 – A tecnologia das constelações de indícios

Por fim, cabe falar da tecnologia que melhor se aplica às hipóteses de assédios morais e sexuais nas relações de trabalho: a das *constelações de indícios*. Baseia-se na ideia de que um conjunto coerente de fatos laterais tendentes ao fato principal (objeto da prova) satisfaz o respectivo *onus probandi*⁶³ e permite atribuir à contraparte processual o ônus de provar a inocorrência do fato principal ou a imprestabilidade dos indícios para a inversão no caso concreto.

É essa a tecnologia por detrás da OJ SDI-1/TST nº 233 (extensão presuntiva da jornada alegada), na medida em que o “convencimento” do julgador, quanto à extensão da jornada, evidentemente derivará do conjunto coerente de fatos laterais indiciários (p. ex., mesmos superiores hierárquicos, mesma unidade, mesmo *modus operandi*, etc.). *In verbis*:

“HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO. A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.”

A tecnologia das constelações de indícios tem, outrossim, reconhecimento legislativo em alguns sistemas, como na Itália (art. 4º, 5, da *Legge* 10.04.91 nº 125⁶⁴, sobre “azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”):

“5. Quando o requerente fornecer elementos de fato também derivados de *dados de caráter estatístico* relativos ao recrutamento, aos regimes retributivos, à atribuição de tarefas e qualificações, às transferências, à progressão na carreira e às demissões, *idôneos a fundar, em*

63 Note-se que, conquanto sejam ideias próximas (v. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 205-206), as *constelações de indícios* não se confundem com as *presunções hominis* (ou *judiciais*), em ao menos dois aspectos: (1) enquanto as *presunções* em geral pressupõem um *fato-base* mais ou menos delimitado ou preconcebido, as *constelações de indícios* refletem uma *multiplicidade de fatos laterais* – amiúde ainda mais laterais que um *fato-base* presuntivo –, aferíveis quase que inteiramente *ex post*, desde que *coerentes e convergentes*; e (2) as *presunções judiciais* têm regulação legal em algumas ordens jurídicas (e.g., artigo 351.º do CC português), o que é bem mais incomum em se tratando de *constelações de indícios* (o que *a priori* confere ao aplicador do direito uma maior liberdade de utilização, desde que não se queira aplicar à espécie algum argumento de tipo *ex minore, ad maiorem*).

64 Em Rodrigo Xavier Leonardo (*Imposição e inversão...* p. 206) aparece equivocadamente grafada como “Lei italiana nº 5” (na verdade, 125).

DOCTRINA

termos precisos e concordantes, a presunção de existência de atos ou comportamentos discriminatórios por motivo de sexo, incumbe o réu o ônus da prova sobre a insubsistência da discriminação.” (g.n.)⁶⁵

Veja-se que, no caso italiano, não se cuida de mera *verossimilhança*, como ocorre nas Cortes estadunidenses e até mesmo nas brasileiras (*supra*, tópico 4.2). Exige-se, ao revés, a demonstração de *dados concretos* (= *fato*) que, concordantes e precisos num certo sentido (= coerentes), funcionarão como constelação de indícios e imporão a inversão do *onus probandi*.

Porém, se no sistema italiano – e em outros similares – há a lei, já não é assim no caso brasileiro.

No processo civil brasileiro, se muito, poder-se-á trabalhar, para esse efeito (inversão do ônus da prova sob base indiciária), com o art. 375 c/c do CPC/2015 (correspondente ao art. 335 do revogado CPC/73):

“O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

O mesmo se diga, ademais, do processo do trabalho, até com maior expressão jurídico-positiva, porque o juiz do Trabalho poderá valer-se do multicitado art. 765 da CLT. *In verbis*: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

De todo modo, a despeito da pobreza dos textos legais, as constelações de indícios podem e devem ser empregadas como tecnologias auxiliares de balizamento da argumentação jusfundamental para a inversão do ônus da prova. *É precisamente o que tem acontecido nos casos em que os Tribunais reconhecem inversões de carga probatória em ações relativas a assédio moral e sexual*, em países como Brasil e França, como também, de certo modo, em Portugal, e com reflexos sentidos na Espanha. Vejamos.

Na França, entende-se que o artigo L 122-52 do Código do Trabalho autoriza o juiz, a partir de indícios, a inverter o ônus da prova em favor do reclamante. A teor desse preceito,

65 No original: “5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti – idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’ esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’ onere della prova sulla insussistenza della discriminazione”.

DOCTRINA

“en cas de litige relatif à l’application des articles L. 122-46 et L. 122-49 [harcèlement], *le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d’un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.* Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles.” (g.n.)

Não há, como se vê, qualquer distinção, para esse efeito, entre os assédios (*harcèlements*) sexual e moral. Daí que, nas palavras de Bourkhris⁶⁶,

“l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui *permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement.* (...) Au vu de ces éléments, *il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés* par des motifs étrangers à tout harcèlement.”

Deduz-se, pois, haver uma inversão do ônus probatório quanto ao fato principal (o assédio); mas, para tanto, o autor deverá fazer *alguma* prova: provará “elementos de fato que deixem [permitam] supor a existência de um assédio” (= constelação de indícios). Ou, na dicção do *Conseil Constitutionnel* (examinando preventivamente este exato preceito),

“(…) les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées *ne sauraient dispenser celle-ci d’établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants* qu’elle présente au soutien de l’allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d’un harcèlement moral ou sexuel au travail (...)” (*Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-455*) (g.n.)

Acrescente-se que, sem essas medidas processuais, a tutela jurídica do trabalhador contra o assédio moral caminharia para a inanição. Isso porque, mesmo com elas, no ano de 2004, 85% das ações judiciais distribuídas ao *Conseil des Prud’hommes* de Paris alegavam algum tipo de assédio moral. Dessas, porém, somente 5% levaram a uma condenação por assédio, o que se explica “par l’abondance des plaintes qui rend plus difficile à faire passer le

66 BOURKHRIS, Isabelle. *Cit.*. No mesmo sentido, v.: ORSAY, Anne. La notion de harcèlement moral trois ans après l’adoption de la loi du 17 janvier 2002. *Le Village de la Justice*, 2004. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

harcèlement avéré, les juges voulant éviter d'ouvrir une boîte de Pandore⁶⁷. Não por outra razão, aliás, houve quem concluísse que,

“dans la pratique, la présomption [*rectius*: a inversão] semble inefficace, imposant encore un fardeau trop lourd à la victime. De fait, même si elle partage le fardeau de la preuve entre le salarié et l'employeur, le salarié doit tout de même faire la preuve de la matérialité des éléments de fait. Pour ce faire, il est généralement nécessaire de faire entendre les témoins du harcèlement.”⁶⁸

Na percepção de parte da doutrina francesa hodierna, portanto, sequer serviria bem aos casos de assédio a inversão do ônus da prova baseada em constelações de indícios, porque de todo modo o reclamante teria de produzir *alguma* prova. Tendem a sugerir, pois, que os casos de assédio sejam pensados ao modo dos *prima facie cases* – ônus primacial do réu, independentemente de quaisquer provas ou indícios prévios –, o que nos reporta às reflexões da parte final do tópico anterior (4.2).

Já em Portugal, o Código do Trabalho (artigo 29.º, 1) define os assédios como

“todo o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.”

Logo adiante (n.º 3), o Código lusitano especifica o assédio sexual (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualificaria no sistema penal brasileiro (= intuito de obter favor sexual, *ut art. 216-A do CP*); e, para mais, equipara os assédios à discriminação para certos efeitos (artigo 29.º, 3), seguindo de perto o pensamento norte-americano.

Daí que, no modelo português, alegada e fundamentada a circunstância de assédio baseado em fator de discriminação, pode-se bem concluir pela incumbência do *empregador* quanto ao ônus de provar que não há tratamento

67 ORSAY, Anne. *Cit.*

68 BOURGAULT, Julie. *Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail*, in Santé, société et solidarité. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2. p. 113.

diferenciado, nos termos do artigo 25.º, 5 e 6. Aproximar-nos-íamos, também aqui, da figura dos *prima facie cases*, estudados no tópico anterior. No entanto, é certo que esse quadro hermenêutico parecia mais claro na redação do anterior Código do Trabalho português (Lei nº 99/02), à luz dos artigos 24.º e 23.º, 3.

Na Espanha, para a relativização dos critérios estáticos de repartição do ônus da prova, os trabalhadores dispõem do preceito inserto no art. 181, 2, da Ley 36/2011, de 10 de outubro, “reguladora de la jurisdicción social”. *In verbis*:

“Artículo 181 Conciliación y juicio. 1. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos. 2. En el acto del juicio, *una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*. 3. El juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes.” (g.n.)

Sobre a possibilidade de aplicação desse preceito – ou do seu correspondente, na revogada *Ley de Procedimiento Laboral* – aos casos de assédio, o Superior Tribunal de Justiça da Catalunha pronunciou-se positivamente já em 2011, conquanto, no mérito, negasse provimento à *suplicación*, por não reconhecer presente sequer a constelação de indícios. *In verbis*:

“(…) *En materia de vulneración de derechos fundamentales, el ordenamiento procesal laboral exige que, dentro del proceso, el demandante aporte los indicios de la vulneración alegada, de tal forma que solamente entonces es cuando se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al demandado aportar una ‘justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad’* (artículo 179.2 de la LPL). La peculiaridad de la prueba en estos casos no consiste en la exoneración del demandante de toda carga probatoria, sino *en la menor intensidad de ésta con respecto a la que le incumbe al demandado. Al primero le basta con constituir una prueba de presunciones poniendo de manifiesto la serie de indicios de los que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada*. Aportado lo anterior, al demandado le corresponde acreditar que su comportamiento no ha implicado la violación de ningún derecho fun-

damental alegado por aquél.” (STC 180/1994, 82/1997, 90/1997, 202/1997, 74/1998, 87/1998, y 38/2005, y STS de 9-2-1996 y 15-4-1996, entre otras)

“Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que ha insistido en que el elemento configurador del acoso moral, es la intencionalidad o finalidad perseguida, que no es otra cosa que la de causar un mal o daño al trabajador acosado con el fin de minar la moral del trabajador y desestabilizarlo, marginándolo o causándole un perjuicio. Y en el caso de autos, no nos encontramos ante unas conductas habituales de presunto acoso dirigidas por otras compañeras de trabajo hacia la actora, sino ante hechos puntuales reflejados en las cartas de queja remitidas por la actora, acontecidos en días muy concretos. *Ello evidencia que nos encontramos ante un conflicto personal entre trabajadoras, producido en días determinados, en que poco o nada tiene que ver la empresa y sí las actitudes personales y subjetivas de los afectados.* Estaríamos en presencia de rencillas entre compañeros de trabajo que incluso han llegado a ser sancionadas por la empresa, pero que, por sí solas, no constituyen acoso, y por tal motivo no cabe entender infringido el artículo 14 de la CE, al no haberse discriminado a la actora.” (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Social, Sentencia 2.745 de 14.04.2011) (g.n.)

Específicamente para os casos de assédio sexual e moral, ademais, a questão do ônus da prova mereceu intensa preocupação legislativa na cena política espanhola. Como relata Rubio de Medina⁶⁹:

“M. Lorente Acosta y J. A. Lorente Acosta reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que *la conducta acosadora sea difícilmente probada*, siendo comportamientos que son fácilmente utilizables como chantaje. Así, pues, *la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso*; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista (...) *proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondiera al demandado probar la inexistencia de conductas de acoso moral.*” (g.n.)

69 RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 45.

DOCTRINA

Por fim, no Brasil, observa-se idêntica tendência – ainda que atualmente minoritária – na jurisprudência e na própria legislação.

No âmbito dos Tribunais, merecem especial destaque os julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que inverteram o ônus da prova em casos de assédio moral e sexual, não raro para resguardar a própria utilidade do processo. Leiam-se, por todas, duas paradigmáticas decisões (uma das quais nos honrou com extensa citação):

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS. CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o consequente deferimento do pleito indenizatório. [No corpo do voto (que inclusive honra este autor com uma referência):] Com relação ao ônus da prova, o dispositivo legal atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 818 da CLT c/c o art. 333 do CPC). Contudo, com relação ao direito processual do trabalho e especialmente no caso do assédio sexual, o encargo probatório da vítima vem recebendo flexibilizações necessárias. (...) Nas palavras do d. Juiz do Trabalho da 15ª Região, Guilherme Guimarães Feliciano, *o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos como são a tecnologia das constelações de indícios, a prova por verossimilhança, aplicação do princípio da instrumentalidade e o contexto jusfundamental no qual se leva em consideração os direitos fundamentais que estão em jogo no processo.* (...) Nesse mesmo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tem admitido ‘o recurso à prova indireta, ou seja, a prova por indícios, presunções ou *prima facie*, fundada esta última na probabilidade, invertendo-se, assim, o ônus da prova (...) uma presunção permitirá a *inversão do ônus da prova* quando houver prova de recusa mais ou menos expressa tendente a demonstrar que o autor da conduta deveria saber que esta não era desejada e constituía assédio’. O mesmo autor sustenta que a prova de efeitos prejudiciais (denegação de emprego ou promoção, despedida ou demissão forçada), em consequência da recusa aos avanços

sexuais, constituirá uma prova *prima facie* de assédio. (...) A jurisprudência pátria também tem e manifestado no sentido de ser possível a comprovação da conduta criminosa do assédio sexual através de indícios: ‘Não se pode olvidar que *a prova desta espécie de ilícito trabalhista (assédio sexual) é extremamente difícil*. Normalmente o assédio é camuflado, silencioso, praticado às escondidas, por isso *as regras de presunção devem ser admitidas e os indícios terem sua importância potencializada*, sob pena de se permitir que o assediador se beneficie de sua conduta’ (TST, 6ª T., AIRR 49740-47.2005.5.15.0053, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 03.06.2011). (...) A exigência de prova robusta de uma conduta que normalmente é realizada às escondidas dificulta ou praticamente inviabiliza a condenação da ilicitude. Da mesma forma que não é possível obter prova documental do pagamento feito por fora, também não se pode exigir prova cabal do assédio realizado na intimidade das astúcias do assediador. Diante disso, *deve-se conjugar a série de indícios que consta dos autos para verificar se é possível concluir pela caracterização do assédio mencionado.*” (TRT da 3ª Região, RO 01302-2010-129-03-00-9, 2ª T., Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 05.07.2011, DEJT 12.07.2011) (g.n.)

“ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. É certo que circunstâncias que envolvem o assédio sexual são de difícil comprovação, porque o que agente procura se cercar de todo o cuidado que o ato exige, não permitindo a presença de pessoas que o possam denunciar, mas a testemunha da autora informa os fatos que autorizam a conclusão de que assistiu a parte da conversa e, em juízo, afirmou que ouviu a pessoa acusada dizendo que pretendia encontrar com a reclamante e que esta não teria aceitado a proposta. O próprio juízo sentenciante argumenta que, se tiver havido qualquer iniciativa por parte da pessoa que foi indicada como autora do ato, no sentido de constranger sexualmente a reclamante, tal fato não restou demonstrado. Aliás, a prova de fatos dessa natureza quase sempre é difícil, em razão das condições em que são praticados. No caso dos autos, *pode-se afirmar que os contatos mantidos entre o acusado e a reclamante foram além dos limites profissionais*, apesar de o ilustre julgador concluir, com o que não concordo, *permissa venia*, que ‘não o suficiente para se concluir de que tenha havido o alegado assédio sexual’ (fl. 107). Apesar de este julgador estar convicto da ocorrência do fato, *ainda pesa em favor da reclamante o princípio in dubio pro operario, que deve ser aplicado. Não só pelas condições de hipossuficiência,*

mas – e especialmente – por se tratar de sexo feminino, alvo de tais procedimentos que não condizem com a dignidade da trabalhadora. Se admitirmos a continuação deste tipo de conduta, teremos as regras ditadas pelo elemento mais forte fisicamente no seio da comunidade de animais irracionais ou retornaremos à idade pré-histórica, em que o macho se valia do seu cajado impiedoso e colocava em estado de inconsciência a fêmea e dela fazia uso como bem lhe aprouvesse, e ela não podia resistir às investidas e abusos. Na sociedade atual, guardadas as devidas proporções, o abuso do poderoso continua e todos devemos lutar para extirpar este mal que campeia – ainda quase impunemente – na comunidade global, impiedosamente. Não só quanto à mulher – alvo mais fácil –, mas também ao pobre, ao negro, ao desafortunado, que é explorado em todos os sentidos, ainda que para trabalhar mais e ganhar menos que os outros. Entendo, por tudo isto, que ficou provado o assédio sexual, devendo o reclamado pagar a indenização por danos morais postulada, bem como arcar com o pagamento das verbas da rescisão indireta do contrato de trabalho, que declaro neste ato, conforme está sendo postulado na peça inicial. E, tratando-se de responsabilidade objetiva do empregador, nos termos do art. 932 do Código Civil brasileiro, deve este arcar com os danos causados por seu preposto no evento, podendo, se entender que deve, se ressarcir com o causador do prejuízo, em ação própria, o que foge a esta reclamação.” (TRT da 3ª Região, RO 0192-2006-056-03-00-6, 3ª T., Red. Juiz Bolivar Viegas Peixoto, DJMG 15.07.06) (g.n.)⁷⁰

Na 14ª Região do Trabalho, ademais, cite-se o seguinte julgado:

70 Decisão que, a propósito, foi *mantida* pelo Tribunal Superior do Trabalho (conquanto por razões basicamente formais, na linha da Súmula nº 126 do TST). V.: TST, AIRR 192/2006-056-03-40.0, 3ª T., Rel. Min. Alberto Bresciani, j. 21.03.07. *In verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS DE PROVAS. Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pela parte, em suas razões de insurreição. Por outra face, a moldura fática da questão repele o conhecimento do recurso de revista. Esta é a inteligência da Súmula nº 126 do TST. Deixando a parte de fazer patentes as situações descritas nas alíneas do art. 896 consolidado, correto o despacho que nega curso à revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”. O recorrente apontava justamente violações dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC/73 (além do próprio art. 216-A do CP). No seu voto, porém, o relator registrou que, “além de alicerçada na denominada ‘máxima de experiência’ (CPC, art. 335), a decisão recorrida está calcada, ainda, na prova testemunhal, realidade que torna patente a inespecificidade dos paradigmas indicados para o confronto de teses”, admitindo, implicitamente, que as máximas de experiência possam ser utilizadas para a inversão do ônus da prova em supostos de assédio, mercê das contestações de indício (ainda que não se tenha sufragado explicitamente a tese). Com o advento do art. 373, § 1º, do CPC/2015, essa possibilidade nos parece ainda mais palmar.

“OITIVA DE TESTEMUNHA. DISPENSA. SUSPEIÇÃO. VALIDADE. É válido o indeferimento de oitiva de testemunha que declara sua intenção no insucesso da parte, em virtude de inimizade, nos termos do art. 405, § 3º, III, do Código de Processo Civil. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. *Nos casos de assédio sexual é possível a inversão do ônus da prova em favor do obreiro, considerando sua hipossuficiência em face do empregador e desde que constatada a verossimilhança de suas alegações, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, aplicado subsidiariamente por força do art. 8º e parágrafo único da CLT.* DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Invertido o ônus da prova em favor do empregado, em virtude da dificuldade de comprovação do assédio sexual pela vítima, visto que este crime geralmente não ocorre na presença de terceiros, e não se desincumbindo a reclamada do encargo de comprovar a inexistência deste ilícito, mantém-se a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral.” (TRT da 14ª Região, RO 01036.2006.041.14.00-3, Rel. Juiz Conv. Lafite Mariano, DOJT 08.08.07) (g.n.)

Para mais, especificamente quanto ao assédio moral, tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.369/03, de autoria do Deputado Vicentinho (PT/SP), que “dispõe sobre o assédio moral nas relações de trabalho”. A ser aprovado, nos termos do seu art. 7º (acrescido pela Emenda Aditiva nº 02), será regra processual, no Brasil, a de que “o juiz *pode* determinar a inversão do ônus da prova, caso seja verossímil a alegação de assédio moral” (g.n.).

Pelo teor literal do texto, estaríamos outra vez mais próximos da *Ancheinsbeweis* do que, propriamente, das constelações de indícios (que efetivamente exigem *algum* fato concreto, específico para o caso, já provado ou incontroverso). Seja como for, porém, não destoa de todo o conjunto apresentado acima. Estamos diante de uma indelével tendência de relativização do ônus da prova em supostos de assédio moral e sexual. Tendência que, no Judiciário ou no Legislativo, promissora e paulatinamente se densifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto apresentado, podemos então concluir, para o caso brasileiro, que, a uma, as regras do art. 373 do CPC/2015 e do art. 818 da CLT não *normas preceptivas a priori* (Ferraz Junior⁷¹), mas *não são normas estritamente*

71 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução...* p. 125-126.

proibitivas (tanto que admitem convenções processuais em contrário), pois sua *ratio essendi* e força de incidência não as classifica entre as normas constitucionalmente imperativas, ligadas a *Wesenskern* do devido processo formal⁷².

A duas, concluiremos que, em casos especiais, o juiz *pode* – desde que o faça *fundamentadamente e sob contraditório* (atual ou diferido) – esquivar-se do modelo estático rosenberg-chiovendiano (art. 373 do CPC), para modular, mitigar, redistribuindo ou mesmo excluir o ônus da prova, para além da “ditadura do alegado” e da *Normentheorie*, e não apenas com base em *presunções* (arts. 374, IV, e 375 do CPC/2015, Súmula nº 16 do TST, etc.), mas também com base em *tecnologias específicas* reconhecidas pela *communis opinio doctorum* (e.g., aptidão para a prova, constelação de indícios, *Anscheinsbeweis*, etc.).

A três, por fim, concluiremos que, dentre esses “casos especiais”, a classe mais evidente é a dos que reclamam inflexões do modelo abstrato de repartição do ônus da prova para o fim de prestigiar pretensões materiais ligadas a *direitos humanos fundamentais* (individuais ou sociais), sendo essa jusfundamentalidade o *leit motiv* de grande parte das inflexões hoje consagradas na jurisprudência brasileira. É o que já se verifica, em diversos julgados, nos dissídios que envolvem alegações de *assédio laboral* (moral ou sexual), notadamente por meio da tecnologia das *constelações de indícios* (mas com abertura para, nos casos de assédio tipicamente discriminatório, recorrer-se também à tecnologia da *Ancheinsbeweis*).

E assim há de ser doravante, com progressiva sistematicidade, desde que se reconheça que, na imensa maioria dos casos, exigir do assediado a prova cabal do assédio corresponderá a, na prática, invocar o devido processo legal formal para *fulminar* os prováveis direitos subjetivos subjacentes à alegada agressão. Afinal, como há décadas ponderou Thomas Kuhn – e mais uma vez o evoco em um escrito –, “não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria”⁷³.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. Wien: Springer Wien New York, 2005.

BOURGAULT, Julie. Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif?. Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail. In: *Santé, société et solidarité*. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2.

72 Sobre a garantia de conteúdo essencial (*Wesensgehaltgarantie*) e sua aplicação à teoria das inflexões formais no devido processo legal, ver, uma vez mais: *Por um processo... passim*.

73 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 248.

DOCTRINA

BOURKHHRIS, Isabelle. La preuve et le harcèlement moral. In: *Le village de la justice*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999 (3. ed.), 2003 (7. ed.).

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1996, v. 51, n. 2.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jan./jun. 2008, n. 32.

_____. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do due process of law na tutela processual dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

GUEDES, Márcia de Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011.

MACHADO Jr., Julio Cesar. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. München: Franz Vallen, 2005. Band 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942.

_____. Teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jul./set. 1976, n. 03.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. II.

DOCTRINA

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast*. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre. Berlin: F. Vahlen, 1989.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ORSAY, Anne. La notion de harcèlement moral trois ans après l'adoption de la loi du 17 janvier 2002. In: *Le village de la justice*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002.

RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law: visions of equality in theory and doctrine*. New York: Foundation Press, 2007.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ónus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004.

VERDE, Giovanni. L'inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3.

A PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Isabel de Oliveira Batista*

Patrick Luiz Martins Freitas Silva**

1 – INTRODUÇÃO

A substituição do sistema escravocrata por um sistema de remuneração em troca da força de trabalho marcou o início do “Direito do Trabalho” como o conhecemos no Brasil. Porém, outros problemas que envolviam a exploração da mão de obra, como a concentração de capital em monopólios e a disparidade salarial, surgiram como consequência desta nova fase, que marcava a sociedade do final do século XIX.

A flexibilização das relações trabalhistas surge, anos mais tarde, como resultado de um mundo que vive de maneira rápida as transformações e mudanças resultantes do avanço tecnológico identificado como características do mundo contemporâneo. A globalização passou a refletir na vida econômica e social das pessoas, integrando os indivíduos num contexto de concorrência em escala mundial.

O mundo do trabalho teve que se adaptar às mudanças vividas pela sociedade, especialmente porque a maior parte da população, e a mais vulnerável, conta única e exclusivamente com a venda da força de trabalho como meio de subsistência.

A adequação das relações de emprego ao contexto atual trouxe novos pensamentos acerca da normatização do direito laboral. Buscam-se trabalhadores que se ajustem ao mundo neoliberal, negociem suas condições de trabalho e se adaptem a contratos cada vez mais flexíveis.

* Advogada; graduada e pós-graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Advogado; graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; pós-graduando em Direito na Centro de Estudos em Direito Internacional.

DOCTRINA

Dentre a gama de problemas que envolvem a fase juscontemporânea do Direito do Trabalho, o presente trabalho se propõe a analisar um fenômeno que busca, por meio da desconstituição da pessoa física seguida da transformação desta em pessoa jurídica, eliminar a relação de emprego: a pejetização. Os princípios da primazia da realidade sobre a forma, irrenunciabilidade e imperatividade dos direitos trabalhistas serão analisados sob o enfoque do fenômeno.

2 – A PESSOA FÍSICA E A PESSOA JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO: BÁSICAS CONSIDERAÇÕES

A doutrina majoritária de Direito brasileiro leciona que pessoas jurídicas são entidades a que a lei atribui “personalidade jurídica”, isto é, são “seres” que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil. “Aos seres que se distinguem das pessoas que os compõem, que atuam na vida jurídica ao lado dos indivíduos humanos e aos quais a lei atribui personalidade, ou seja, a prerrogativa de serem titulares do direito, dá-se o nome de pessoas jurídicas” (RODRIGUES, 2003, p. 86).

“Chama-se pessoa jurídica, coletiva ou moral o ente ideal, abstrato, racional, que, sem constituir uma realidade do mundo sensível, pertence ao mundo das instituições ou ideais destinados a perdurar no tempo. A pessoa jurídica pode ser formada por pessoas naturais ou bens (...). A pessoa tem existência que independe de cada um dos indivíduos que a integram, e seu objetivo é próprio, destacado da simples soma dos objetivos daqueles que dela participam.” (ACQUAVIVA, 2010, p. 532)

Infere-se que a existência das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estudos ou compromissos em seu registro público peculiar. Antes da inscrição, a pessoa jurídica pode existir no plano dos acontecimentos, mas o direito despreza sua existência e nega-lhe personalidade civil, ou seja, sua capacidade para ser titular de direitos.

No Direito do Trabalho, a pessoa física é normalmente compreendida como o trabalhador, que empreende a mão de obra, presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, como indica o art. 3º da CLT.

A pessoa jurídica, por sua vez, será o tomador da mão de obra: é a empresa, a força maior, que contrata, dirige e assalaria a prestação de serviços, assumindo os riscos da atividade econômica, nos termos da definição estabelecida pela CLT.

Por meio do contrato de trabalho será possível estabelecer os parâmetros da relação empregado e empregador. Quando se instaura o fenômeno da pejotização, o que ocorre é a transformação do trabalhador – pessoa física, em pessoa jurídica, modificando-se o vínculo anteriormente existente.

3 – O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

O crescimento da economia brasileira na década de 1990, incentivada pelo processo de globalização, propiciou transformações consideráveis no âmbito do trabalho, dando início a um processo flexibilizatório das relações laborais¹. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou-se a observar o favorecimento à relativização das normas laborais, mediante a redução significativa dos direitos e das garantias trabalhistas (DUARTE, 2005, p. 5).

No cenário mundial do século que chegava ao fim, as estruturas econômicas incentivadas pelo neoliberalismo passaram a se refletir no Direito do Trabalho. As novas exigências do modo capitalista tendiam a afastar o Estado das relações privadas, impondo a reestruturação de institutos jurídicos consolidados décadas passadas. O modelo e a estrutura do Direito do Trabalho são considerados arcaicos, sendo agora alvos de discussão no cenário globalizado que se impunha (MORATO, 2003, p. 106).

Naquele momento, verificou-se a valorização de formas mais modernas de trabalho, que tendiam a afastar a incidência de custos provenientes de direitos trabalhistas. Dirceu Galdino Barbosa Duarte cita como exemplos disso “o trabalho temporário, a empreitada, a subcontratação, o estágio, as cooperativas a terceirização, entre outros que surgiram como alternativas para ascender os resultados empresariais em detrimento das garantias trabalhistas” (2005, p. 6).

O pensamento estratégico voltado para a total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta e a indireta redução dos direitos trabalhistas, marcou o período pós-Constituição de 1988, gerando como consequência a precarização das relações de trabalho (DELGADO, 2014, p. 116 e 117).

A crescente prática de cessão de atividades secundárias diversas da atividade-fim da empresa visa principalmente à elevação da produtividade, a redução de custos e a melhoria de qualidade do produto e/ou do serviço prestado pela empresa. O uso desta prática em larga escala acaba permitindo a supressão de determinados direitos, como a redução salarial, a variação da

1 Flexibilização aqui sendo tratada como fenômeno pelo qual os direitos trabalhistas, outrora protegidos com todo o rigor por parte do Estado, passa a ser objeto de negociação, podendo pela via da composição ser até renunciado pelo trabalhador, reconhecido como ente dotador de autonomia.

jornada de trabalho e o trabalho irregular, com a perda de garantias inerentes à relação de emprego.

É sabido que, para potencializar lucros e obter maior competitividade no mercado, muitas empresas utilizam-se de meios ardilosos para alcançar tais objetivos. Nesta seara, a pejetização surge como uma forma de contratação que exime o empregador de encargos trabalhistas e fiscais que advêm de uma relação de emprego.

O sistema referido pode ser conceituado como uma nova modalidade – fraudulenta – ao sistema jurídico trabalhista brasileiro, que consiste, basicamente, em uma contratação realizada através de contrato de prestação de serviços, de determinada pessoa jurídica, empresa devidamente constituída, para a prestação de algum serviço específico (COSTA; TERNUS, 2012).

Maria Amélia Lira de Carvalho, em sua dissertação de mestrado, conceitua a pejetização como uma das novas modalidades de flexibilização:

“Sob o pretexto de modernização das relações de trabalho é que se insere uma das novas modalidades de flexibilização, que resulta na descaracterização do vínculo de emprego e que se constitui na contratação de sociedades (PJ) para substituir o contrato de emprego. São as empresas do ‘eu sozinho’ ou ‘PJs’ ou ‘pejetização’, como comumente vem sendo denominada.” (2010, p. 62)

A inexistência de trabalho por pessoa física implica na descaracterização da relação de emprego por ausência de um de seus elementos fático-jurídicos, conceituados nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), afastando a proteção conferida pela legislação trabalhista. Sergio Pinto Martins explica a importância da pessoa física para a formação da relação de emprego:

“O primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física. Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.” (2014, p. 148)

Da mesma forma, Amauri Mascaro Nascimento, referindo-se ao requisito da personalidade do contrato de emprego, ensina sobre a presença fundamental da pessoa física e a exclusão de pessoa jurídica no polo do empregador neste tipo de relação:

“Em princípio, será de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na *atividade profissional e pessoal* de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego, mas outras rela-

ções jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores, embora a outro título, excluindo, também, a pessoa jurídica prestadora de serviços.” (2012, p. 547)

Vólia Bomfim Cassar preceitua, da mesma forma, que, considerando ser o trabalho uma obrigação de fazer inseparável da pessoa humana, o trabalhador será sempre pessoa física, o que consequentemente acarretará na intervenção do Estado nestas relações. Outra consequência será a observação da minimização da autonomia das partes por intermédio da imposição de normas para tutelar os direitos fundamentais da pessoa física (CASSAR, 2014, p. 243).

Na pejetização, esta característica perde sua importância. Normalmente, a contratação se dá com a finalidade de fraudar a relação de emprego: a empresa contratante, que deveria assumir os encargos trabalhistas a seu empregado, não se responsabiliza por despesas decorrentes da relação de trabalho como férias, décimo terceiro salário, dentre outras contribuições, em razão da não contratação direta.

Para o “pejetizado”, pessoa física que se sujeita à nova relação imposta, o pagamento do imposto de renda como pessoa jurídica acaba se tornando um atrativo, gerando possibilidades de descontos de despesas. Por outro lado, a não limitação de carga horária, a ausência de pagamento de contribuições previdenciárias e a falta do descanso semanal remunerado se insurgem como consequências negativas deste tipo de relação de trabalho.

A pejetização, desta forma, pode ser considerada como uma deturpação da terceirização. A Súmula nº 331 do TST admite somente quatro situações-tipo lícitas deste tipo de relação: a) situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário²; b) atividades de vigilância³; c) atividades de conservação e limpeza; e d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Todas estas situações são executadas sem subordinação direta e pessoalidade. Na pejetização, o que se objetiva é ocultar a relação empregatícia, desprezando o tipo de serviço terceirizado.

Para Eduardo Soares do Couto Filho e Luiz Otávio Linhares Renault (2008, p. 5), o fenômeno ora trabalhado se intensifica em relação aos trabalhadores intelectuais, especialmente em face do que disciplina o art. 129 da Lei nº

2 Expressamente especificadas pela Lei nº 6.019/74, que estabelece requisitos para a admissão de trabalho temporário.

3 Regidas pela Lei nº 7.102/83.

11.196/05⁴. O dispositivo impõe a sujeição da legislação aplicável às pessoas jurídicas aos prestadores de serviços intelectuais.

Desta forma, muitas empresas passaram a contratar trabalhadores intelectuais através de pessoas jurídicas, sendo que a licitude da relação é fundada no dispositivo legal acima transcrito: para os defensores desta concepção, o serviço intelectual elimina a hipossuficiência do trabalhador, cabendo-lhe a escolha da lei de regência relativa ao trabalho prestado. Neste caso, os incentivos fiscais e previdenciários compensariam os benefícios trabalhistas. O que se tem desprezado, entretanto, é a natureza cogente da legislação trabalhista, bem como o parágrafo único do art. 3º da CLT que dispõe sobre a distinção entre o trabalho intelectual, técnico ou manual (BELMONTE *apud* COUTO FILHO; RENAULT, 2008, p. 6).

A prática da pejetização vem ganhando força no mercado de trabalho brasileiro. No serviço bancário, a forma de contratação ora aduzida se tornou bastante usual. Nas relações empregatícias, o banco impõe que o funcionário crie uma pessoa jurídica e com esta celebre contrato de prestação de serviços, com cláusula de exclusividade. Desta forma, o trabalhador acaba prestando serviços na própria agência bancária, cumprindo jornada de trabalho que, caso excedida, não ensejará no pagamento de horas extras, sendo-lhe, da mesma forma, negados os demais direitos trabalhistas. A edição nº 12.505 do *Diário de Cuiabá*, de 30.08.09, noticiou tal situação sob o título *Fraude da “Pejetização” É Mais Praticada. Instituições Bancárias São Denunciadas na Justiça por Forçar Profissionais a Abrir Empresas, Desconfigurando Relação Empregatícia entre Ambos*.

No ramo de tecnologias, a prática também é bastante corrente. Em junho de 2015, em Brasília, um analista de *business intelligence*, que foi obrigado a constituir pessoa jurídica para ser contratado pela CTIS Tecnologia S/A, teve reconhecido o vínculo trabalhista com a empresa. Na reclamação trabalhista, o analista afirmou ter trabalhado para a empresa prestando serviços para outras instituições, sempre com habitualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade. Contudo, para ser contratado, teve que constituir uma pessoa jurídica, sendo que sua CTPS foi assinada muito tempo depois de ter sido contratado. Com esses argumentos, pediu o reconhecimento do vínculo com o pagamento das verbas trabalhistas devidas, que foi reconhecido.

4 Lei nº 11.196/05, art. 129: “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

DOCTRINA

Na prática, quem é pessoa jurídica deve possuir empregados próprios, não se comprometendo em cumprir horários nem ser subordinado a ninguém. A independência financeira e a autonomia na gestão, no entanto, principais características da pessoa jurídica, desaparecem quando o “PJ” assume papel de empresa e de empregado simultaneamente, passando a ser tratado como um trabalhador comum.

Assim, é possível afirmar que a pejetização pode ocorrer tanto no momento de imposição de constituição de pessoa jurídica como condição *sine qua non* para admissão do trabalhador, no ato da contratação, quanto quando é exigido do empregado antigo a criação de uma empresa, sob ameaça de demissão e, após a constituição da pessoa jurídica, é celebrado um contrato de prestação de serviços, que enseja na baixa na CTPS do trabalhador. Observa-se que a segunda hipótese é ainda mais imponderada, pois o empregado continua exercendo seu trabalho em idênticas condições àquelas quando do vínculo de emprego registrado na CTPS: executa as mesmas tarefas, no mesmo lugar, com os mesmos colegas de trabalho e sob direção do mesmo empregador (ALMEIDA, 2011, p. 64).

O fato de o empregado trabalhar na sede da própria empresa tomadora, ou em estabelecimento suportado por aquela, também é uma das características marcantes da pejetização, prática que tem, portanto, como efeito primordial a camuflagem do vínculo empregatício e o conseqüente afastamento dos direitos trabalhistas na relação jurídica estabelecida entre os contratantes.

4 – IMPLICAÇÕES DA PEJOTIZAÇÃO AO EMPREGADO E AO EMPREGADOR

Para o empregador, o risco deste tipo de contratação consiste na alta probabilidade de se estabelecer um grandioso passivo trabalhista com probabilidade de sucesso, uma vez que a responsabilidade de observância à lei no momento da captação da mão de obra é do empregador (TURCATO; RODRIGUES, 2008).

Para o empregado, a contratação como PJ acaba “desburocratizando” e facilitando a contratação de prestação de serviços, conforme afirma Maria Amélia Lira de Carvalho, que, em sua tese de mestrado, analisou a descaracterização do contrato de emprego no caso dos médicos em Salvador. De acordo com a pesquisa da mestranda, observou-se entre os médicos a possibilidade de “ampliação da carga horária, plantões extras, possibilidade de acumular vínculos de trabalho, bem como o pagamento de menos impostos” (2010, p. 108).

Em contrapartida, o que se observa é a dificuldade dos empregados em manter a prestação de serviço por PJ, especialmente quando objetivam férias do vínculo estatutário. Neste caso, os médicos “pejotizados” precisam trocar plantões ou pagar colegas para substituí-los. Uma das médicas entrevistadas pela mestranda afirmou que

“os médicos que trabalham mediante vínculo de emprego (CLT) estão sendo contratados pela metade do valor dos prestadores de serviço. Entretanto, ainda assim se pudesse preferia estar contratada como empregada, visto que ao contrário da PJ que não traz qualquer vantagem ao profissional e os direitos trabalhistas não são observados, o contrato de trabalho ainda assegura ‘o direito de adoecer, direito de envelhecer, direito de morrer com dignidade, direito à assistência médica’. Outra entrevistada que é empregada e presta serviço em duas instituições diferentes como pessoa jurídica, admite que ‘seria melhor ser empregada do que trabalhar como PJ, porque teria todos os direitos. E mesmo já tendo esses direitos no outro emprego, uma coisa não anula a outra. Não tem férias, não tem 13º salário, não tem FGTS, não tem seguro saúde, *ticket*-alimentação, seguro de vida, assistência odontológica, não tem tranquilidade. Trata-se de um regime quase escravagista, onde o médico perde de 40% a 50% do orçamento’.” (CARVALHO, 2010, p. 109)

Nota-se que a contratação por pessoa jurídica gera inseguranças e incertezas, além de retirar do empregado direitos assegurados por lei como férias, 13º salário e FGTS. O trabalhador pode ser demitido a qualquer momento, sem direito à indenização adicional e sem poder utilizar-se de benefícios e vantagens asseguradas pelas normas coletivas do trabalho. De acordo com Carvalho, quase todos os médicos “pejotizados”

“passam a laborar nas instituições de saúde por intermédio desta, em uma relação de sujeição e subordinação ao contratante, sem nenhuma dependência e liberdade e destituídos de todo e qualquer direito decorrente da relação de subordinação (vínculo de emprego), e ainda sem manifestar qualquer intenção ou atitude de reação, ou mobilização. Sofrem os efeitos da precariedade do trabalho que segundo Bordieu (1998) está hoje em toda parte, seja no setor público seja no privado e são sempre mais ou menos idênticos, tomando o futuro incerto, impedindo, qualquer antecipação racional especialmente o mínimo de crença e de esperança no futuro que é preciso ter para se revoltar, sobretudo coletivamente, contra o presente, mesmo o mais intolerável.” (2010, p. 111)

DOCTRINA

Neste ponto é importante que se discuta sobre os custos decorrentes da prestação dos serviços. A forma adotada da contratação (empregado como pessoa física ou pessoa jurídica) altera os custos de acordo com parâmetros estabelecidos pela lei, tanto para quem contrata (empregador) quanto para quem é contratado (prestador de serviços).

Por agregar muitos direitos ao trabalhador, o contrato de trabalho representa alto custo para o empregador, razão pela qual muitos vem adotando práticas flexíveis que os eximam do pagamento de determinadas verbas. Para o empregador, tais ações acarretam grandes prejuízos, uma vez que

“esta burla, mascarada por outros tipos de contratações, significa, além da subcontratação de direitos que se incorporam a seu patrimônio moral, a perda econômica em decorrência do não pagamento das parcelas e direitos não concedidos que são obrigados por lei, em face do trabalho subordinado.” (CAVALHO, 2010, p. 80)

Os quadros a seguir revelam o motivo de o empresariado e o setor político com ele envolvido terem tanto interesse em desregular a matéria, deixando-a sem fiscalização⁵.

Quadro 1 – Trabalhador com vínculo de emprego

<i>Simulação 1 – Média mensal e valor recebido ao longo do contrato de 24 meses por um trabalhador com vínculo empregatício</i>		
Trabalhador com dois anos de contrato de emprego, com salário mensal bruto de R\$ 3.000,00, prestando em média 10 horas extras mensais		
	<i>Média mês (R\$)</i>	<i>Valor em 24 meses (R\$)</i>
Salário	3.000,00	72.000,00
Horas extras (10h/mês)	204,55	4.909,09
13º salário	125,00	3.000,00
1/3 de férias	41,67	1.000,00
Horas extras sobre 13º salário	8,52	204,55
Hora extra sobre 1/3 de férias	2,84	68,18
FGTS	270,61	6.494,55
<i>Total</i>	<i>3.653,18</i>	<i>87.676,36</i>
Desconto INSS empregado (11%)	368,39	8.841,41
Desconto IRPF	162,58	3.901,96
<i>Total líquido da remuneração</i>	<i>3.122,21</i>	<i>74.932,99</i>

5 Os três quadros sinóticos foram formulados por Maria Amélia Lira de Carvalho e tomam como base o valor do salário mínimo de 2010 (R\$ 510,00), que simulam situações entre o rendimento de um trabalhador com vínculo de emprego e um contratado através de pessoa jurídica, pressupondo um rendimento fixo mensal nos dois casos levados em conta, em unidade privada de saúde.

DOCTRINA

Quadro 2 – Trabalhador contratado como pessoa jurídica

<i>Simulação 2 – Rendimento médio mensal líquido de um trabalhador contratado como PJ</i>		
Hipóteses: Contrato de prestação de serviços com nota fiscal no valor mensal de R\$ 3.000,00; realiza jornada com acréscimo de 10 horas suplementares à jornada contratada		
	<i>Pessoa jurídica</i>	
	<i>Valor recebido (R\$)</i>	<i>Descontos (R\$) tributos</i>
Valor do contrato de prestação de serviço mensal	3.000,00	
INSS (se houver <i>pro labore</i> – 11%)		330,00
IRPJ (4,80%)		144,00
ISS (5,00%)		150,00
PIS (0,65%)		19,50
Cofins (3,00%)		90,00
CSLL (2,88%)		86,40
Pagamento contador (um salário mínimo)		510,00 ou 150,00
Total	3.000,00	1.329,90 ou 969,90
<i>Total líquido do valor mensal da prestação de serviço</i>	<i>1.670,10 ou 2.030,10</i>	

Fica evidente o imenso prejuízo econômico acarretado ao trabalhador que se submete ao contrato de trabalho por intermédio de pessoa jurídica, em substituição ao vínculo de emprego como pessoa física. O quadro 2 mostra que embora prestadas 10 horas de sobrejornada, o trabalhador não será remunerado por tais horas, nem tampouco fará jus a férias e recolhimento de FGTS.

Na terceira simulação, demonstrada no quadro a seguir, demonstra a situação do “pejotizado” contraposta à situação de um empregado no momento em que são dispensados:

Quadro 3 – Rescisão de contrato de um trabalhador com vínculo de emprego e que constitui pessoa jurídica

<i>Simulação 3 – Valor da rescisão de um trabalhador</i>		
Hipótese: Rescisão de trabalhador com dois anos de contrato; salário mensal de R\$ 3.000,00; realiza em média 10 horas extras mensais, dispensado na condição de empregado e como prestador de serviço por PJ		
	<i>Valores recebidos (R\$)</i>	
	<i>Empregado</i>	<i>Pessoa jurídica</i>
Parcelas devidas		
Aviso prévio	3.000,00	
Hora extra sobre aviso	204,55	
13º salário	3.000,00	
Hora extra sobre 13º salário	204,55	
Férias vencidas + 1/3	4.000,00	
Hora extra sobre férias + 1/3	272,73	

DOCTRINA

<i>Simulação 3 – Valor da rescisão de um trabalhador</i>		
Hipótese: Rescisão de trabalhador com dois anos de contrato; salário mensal de R\$ 3.000,00; realiza em média 10 horas extras mensais, dispensado na condição de empregado e como prestador de serviço por PJ		
	<i>Valores recebidos (R\$)</i>	
<i>Parcelas devidas</i>	<i>Empregado</i>	<i>Pessoa jurídica</i>
Liberação seguro-desemprego (5 parcelas R\$ 954,21)	4.771,05	
FGTS 8% sobre rescisórias	256,36	
40% FGTS	6.665,08	
40% de multa sobre o FGTS de todo o contrato	2.700,36	
<i>Total bruto da rescisão</i>	<i>18.409,60</i>	
<i>Descontos</i>		
Total INSS empregado rescisão	352,50	
Total IRPF empregado rescisão	629,07	
<i>Despesas estimadas com encerramento da empresa e contador</i>		800,00
<i>Total dos descontos</i>	<i>981,57</i>	
<i>Valor líquido a receber parcelas rescisórias</i>	<i>17.428,03</i>	

É possível notar que o “pejotizado” não faz jus a nenhuma verba indenizatória decorrente do desligamento do vínculo, devendo, ainda, arcar com despesas contábeis em função do desligamento da empresa.

“A situação evidencia a absoluta desproteção e vulnerabilidade social. Não recebe o FGTS, porque no curso do liame não houve depósito e conseqüentemente não faz jus a multa pela despedida arbitrária que corresponde exatamente ao pagamento de uma quantia correspondente a 40% dos depósitos efetuados. Também não tem direito ao aviso prévio, muito menos ao seguro-desemprego, mas tem que arcar com as despesas com o encerramento da empresa.” (CARVALHO, 2010, p. 86 e 87)

Não há, assim, dúvidas de que a contratação de pessoa jurídica em substituição de pessoa física implica na redução de rendimentos e na perda significativa de direitos.

5 – COMO TEM SE COMPORTADO A JURISPRUDÊNCIA

Na medida em que novos casos de pejotização são denunciados no país, a Justiça do Trabalho vem buscando o combate à ilegalidade por meio de decisões que reafirmam o direito trabalhista à luz da realidade dos fatos. Tanto

DOUTRINA

na primeira instância quanto nos Tribunais, é possível se notar a tentativa dos empregadores de burlar a legislação trabalhista, que muitas vezes é recompensada com o reconhecimento de vínculo empregatício entre os profissionais e as empresas tomadoras de serviço.

Neste sentido foi o entendimento da Nona Turma do TRT da 3ª Região, que entendeu serem devidas as parcelas oriundas da relação de emprego aparentemente eliminada por meio da pejotização:

“FRAUDE NO PAGAMENTO DO SALÁRIO. PAGAMENTO ATRAVÉS DE PESSOA JURÍDICA. SALÁRIO EXTRAFOLHA. O fenômeno denominado ‘pejotização’ é uma realidade atual. É certo que nem toda contratação através de pessoas jurídicas é fraudulenta. Por outro lado, *inúmeros são os casos dessa forma de contratação visando apenas redução de custo e precarização dos direitos trabalhistas*, o que não pode ser admitido. Constatado nos autos que o reclamante recebia parcela significativa do seu salário à margem da folha regular de pagamento, mediante pessoa jurídica por ele constituída por orientação da reclamada, as diferenças decorrentes da fraude são devidas.” (TRT da 3ª Região, RO 02371201418503001 0002371-67.2014.5.03.0185, Rel. Conv. Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque, Nona Turma, publ. 23.09.2015)

Na mesma esteira é o entendimento dos TRTs da 1ª e da 2ª Regiões:

“VÍNCULO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. Não pode o Judiciário trabalhista chancelar a prática, cada vez mais recorrente do fenômeno da ‘pejotização’, que consiste na constituição de pessoa jurídica com o escopo de mascarar verdadeira relação de emprego, em nítida fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), com a supressão de direitos constitucionalmente assegurados (art. 7º da CF/88), e violação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e da valorização do trabalho (arts. 170 e 193 da CF/88). Comprovado os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho prestado por pessoa física, de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada), o reconhecimento do vínculo empregatício é medida que se impõe.” (TRT da 1ª Região, RO 00109371220135010018 RJ, Rel. Angelo Galvao Zamorano, j. 04.05.2015, Terceira Turma, publ. 27.05.2015)

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ATRAVÉS DE PESSOA JURÍDICA CONSTITUÍDA PELO

TRABALHADOR. O mero invólucro formal que recobre as diversas formas de contratos-atividade não tem o condão de impedir o eventual reconhecimento de liame empregatício. O fenômeno de contratação de serviços pessoais, por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, intermediado por pessoa jurídica constituída para esse fim, com escopo de mascarar eventual vínculo empregatício vem sendo detectada pela jurisprudência, trata-se do fenômeno da ‘pejotização’. Esse procedimento, que burla a legislação trabalhista surge como opção aos empregadores para a diminuição dos custos e encargos trabalhistas, violando diretamente o princípio da primazia da realidade. Apelo improvido.” (TRT da 2ª Região, RO 00025931120135020084 SP 00025931120135020084 A28, Rel. Anísio de Sousa Gomes, j. 05.11.2014, Segunda Turma, publ. 13.11.2014)

Os Tribunais vêm adotando a prática de reconhecerem as relações fáticas de emprego, eliminando as alterações contratuais inicialmente pactuadas entre as partes. Desconsidera-se a vontade aparentemente de renúncia dos direitos trabalhistas, inicialmente acordada, para se reconhecer o vínculo empregatício, uma vez estarem preenchidos todos os requisitos exigidos pela norma para caracterização deste tipo de relação.

6 – A PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é produto da análise concomitante de princípios, normas e instituições que objetivam proteger o empregado em suas relações empregatícias, assegurando melhores condições sociais e econômicas conforme as medidas que são asseguradas ao trabalhador. De acordo com o que preceitua Alice Monteiro de Barros, princípios têm como função primordial informar o legislador, orientar o juiz na sua atividade interpretativa, e, por fim, integrar o direito, que é sua função normativa (BARROS, 2011, p. 141).

Platão utilizava a palavra princípio no sentido de fundamento do raciocínio. Para Aristóteles, princípio era a premissa maior de uma demonstração. Kant *apud* Martins (2014, p. 64), seguindo tal orientação, dizia que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”.

Amauri Mascaro Nascimento preleciona que “princípios são valores que o Direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as

regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente os seus fins” (2014, p. 119).

Os princípios são, desta forma, o fundamento para o Direito, servindo como base e estrutura para informar e inspirar as normas jurídicas. Neste sentido, Sérgio Pinto Martins:

“Sustentam os princípios os sistemas jurídicos, dando-lhes unidade e solidez. São, portanto, vigas mestras do ordenamento jurídico. Princípio é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para sua interpretação. Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico.” (2014, p. 66)

A evolução do Direito do Trabalho propiciou ao empregado maior autonomia de negociação direta entre capital e trabalho. Desta forma, a lógica de proteção jurídico-social do trabalhador, que consagrou este ramo jurídico, restou colocada em segundo plano (DORNELES *apud* ALMEIDA, 2011, p. 64). No prisma da flexibilização dos direitos laborais, passou-se a ser defendida a pejetização, sob o argumento de que o empregado é livre para escolher o sistema normativo a que será submetido em sua relação de trabalho.

Não é aceitável, no entanto, deturpar o discurso da flexibilização extinguindo garantias básicas trabalhistas, que visam assegurar condições mínimas de trabalho digno ao empregado. Neste seguimento, Cláudio Pedrosa Nunes *apud* Bruno Carneiro da Cunha Almeida:

“Não pode a flexibilização, mais ainda, convergir para uma lógica de precarização das relações de trabalho, desprestigiando tudo o que se entenda por direitos tradicionais e históricos dos trabalhadores, ou seja, visando à redução de direitos trabalhistas como se tal lógica fosse a única a que se destina o processo flexibilizatório.” (2011, p. 65)

Considerando-se a importância dos princípios, tanto para a elaboração das leis e criação de normas jurídicas autônomas quanto para a interpretação e aplicação do direito, bem como a impossibilidade de invalidação dos princípios do Direito do Trabalho sob o enfoque da flexibilização das normas trabalhistas, especialmente em virtude da sua inequívoca força normativa reconhecida no direito atual, é fundamental que se analise o fenômeno da pejetização sob o enfoque dos princípios que regem o Direito do Trabalho.

6.1 – Primazia da realidade nas relações laborais

Por possuir particularidades específicas, o Direito do Trabalho se utiliza de seus princípios balizadores para buscar amenizar desigualdades inerentes

às suas relações. Neste sentido, o clássico doutrinador italiano Deveali *apud* Sussekind afirma que o Direito do Trabalho

“é um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades.” (1999, p. 153)

O princípio da primazia da realidade surge, neste sentido, com a finalidade de dar prioridade à verdade real em face da verdade formal. O intérprete deve agir, no momento da interpretação dos fatos revelados pelos documentos, de maneira a verificar, cautelosamente, se o conteúdo formal coincide com os fatos, de acordo com o que na verdade ocorreram, devendo prevalecer a situação vivenciada de fato (NASCIMENTO, 2014, p. 135).

Este princípio nasceu de uma ideia civilista, partindo da concepção de que as intenções consubstanciadas nas declarações de vontade prevalecerão sobre o sentido literal da linguagem⁶. Insurgirá, desta forma, a intenção das partes sobre a estrutura formal do contrato. Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 41), neste sentido, afirma que “parte-se da declaração, que é a forma de exteriorização da vontade, para se apurar a real intenção das partes”.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva *apud* Dirceu Galdino Barbosa Duarte (2005, p. 10) afirma que “a primazia da realidade não é observada exclusivamente nesta disciplina jurídica, mas comum a quase todas, justificando-se a sua consideração como um princípio fundamental do Direito do Trabalho pela intensidade da sua aplicação neste”.

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 339) salienta que “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”. Neste sentido, ensina o professor uruguaio:

“Em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle. Esse desajuste entre fatos e a forma pode ter diferentes procedências, dentre elas a que resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação.” (p. 352)

6 Código Civil brasileiro, art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

O princípio da primazia da realidade encontra-se de maneira expressa no art. 9º da CLT⁷, determinando a nulidade dos atos que objetivem fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas.

Uma vez que não há dispositivo expresso que vede a prática da pejetização, os princípios trabalhistas e, em especial o da primazia da realidade sobre a forma, despontam como mecanismos capazes para o combate ao fenômeno. Neste ponto, passa a incidir o permissivo celetista, consubstanciado no art. 8º da CLT⁸. O dispositivo possibilita o uso dos princípios para a solução de conflitos na ausência de regra específica sobre o assunto (DUARTE, 2005, p. 11).

Considerando a análise dos arts. 3º, 9º e 442 da CLT, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, é possível inferir que se estiverem presentes no caso os requisitos do art. 3º, restará comprovada a relação de emprego e, por conseguinte, ocorrerá a incidência das leis trabalhistas. Sob a ótica do aludido princípio, qualquer tipo de estratégia utilizada para burlar esta garantia será considerada como fraude e, portanto, nula de pleno direito.

Desta maneira, quando aplicado na pejetização, o princípio da primazia da realidade sobre a forma acolhe a situação de fato, desconsiderando o contrato de natureza civil firmado entre as partes. Isso significa que a visualização dos elementos caracterizadores da relação de emprego impor-se-á o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como as garantias atinentes a esta relação de fato.

6.2 – Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Para Amauri Mascaro Nascimento, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas tem por objetivo fortalecer as conquistas conferidas pelo ordenamento jurídico diante da fragilidade do trabalhador, que poderia abrir mão destas em detrimento de eventual proposta ou exigência do empregador (2014, p. 135-136).

Hernainz Márques *apud* Américo Plá Rodriguez (2000, p. 140) ensina que a irrenunciabilidade deve ser vista em seu sentido literal como “a não possibilidade de privar-se voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, dos direitos concedidos pela legislação trabalhista”.

7 CLT, art. 9º: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

8 CLT, art. 8º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Mauricio Godinho Delgado, na mesma esteira, preceitua que o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

“traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego.” (2014, p. 199-200)

O art. 17 da Lei italiana sobre emprego privado, de 13.11.1924, citado por Américo Plá Rodriguez, determina que as disposições da lei trabalhista prevalecerão sobre qualquer pacto em contrário, salvo no caso de acordos especiais ou de usos mais favoráveis ao empregado (PLÁ RODRIGUEZ, 200, p. 161).

Na Venezuela, o art. 3º da Lei do Trabalho dispõe que “em nenhum caso serão renunciáveis as normas e disposições que favoreçam os trabalhadores”⁹. No Brasil, o já mencionado art. 9º da CLT é claro em dispor sobre a nulidade de atos praticados com o fim de burlar os preceitos trabalhistas (MARTINS, 2014, p. 73).

Nota-se que a vontade do trabalhador não será o bastante para impedir a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados em lei. Desta forma, a aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas à prática da pejetização acarreta na nulidade da contratação, devendo ser reconhecidos os direitos trabalhistas inerentes à pessoa física.

Américo Plá Rodriguez ensina que o princípio da irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas está diretamente ligado à noção de ordem pública, podendo ser considerado como forma de limitação da autonomia de vontade (2000, p. 144). O caráter imperativo das normas trabalhistas, corolário ao princípio ora analisado, será tratado a seguir.

6.3 – Imperatividade das normas trabalhistas

Francisco de Ferrari *apud* Américo Plá Rodriguez ensina, por intermédio da clássica doutrina, que as regras de Direito do Trabalho possuem, em geral, caráter imperativo e irrenunciável. Neste sentido, o professor argentino:

9 “*Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras – Artículo 3º.* (...) Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.”

DOCTRINA

“O Estado dá a algumas normas caráter imperativo e concede um poder de vigência inderrogável pelas partes, em virtude de diferentes razões. No caso das leis do trabalho, a imperatividade se baseia no interesse e na necessidade de organizar a economia, de preservar a espécie e, em outros casos, na necessidade de proteger os economicamente débeis.” (2000, p. 150)

O doutrinador mexicano Mario de La Cueva, citado por Plá Rodriguez, enuncia que sem o caráter imperativo da norma trabalhista, o Direito do Trabalho não cumpriria sua função, nem tampouco seria um mínimo de garantias. Nesta esteira, afirma o autor:

“(...) pois se a ideia de garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para a realização da justiça, deixa-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado o encarregado.” (2000, p. 149)

No Direito do Trabalho prevalecem as regras jurídicas obrigatórias sobre as regras dispositivas. As normas trabalhistas são, desta forma, essencialmente imperativas, não podendo os contratos firmados entre as partes afastarem a regência contratual por meio da simples manifestação de vontade dos contraentes (DELGADO, 2014, p. 199).

Infere-se do aludido princípio, assim, que o trabalhador não pode abdicar, mesmo quando esta for sua vontade (aparente ou não) da proteção que lhe é assegurada pelo ordenamento normativo trabalhista.

No fenômeno da pejetização, a imperatividade da norma invalida a opção do obreiro pela aplicabilidade de normas diversas da legislação trabalhista, sendo certo que um contrato de natureza civil não será capaz de anular a incidência da legislação pertinente à realidade.

7 – A PEJOTIZAÇÃO COMO FRAUDE

Como analisado, a realidade do atual mercado de trabalho demonstra que na pejetização o empregado é, na maioria das vezes, coagido a constituir pessoa jurídica por imposição do tomador de serviços.

Para os que defendem a prática do fenômeno, a pejetização poderia ser uma forma de contratação interessante, já que pode, aparentemente, trazer o aumento indireto da remuneração, gerado pela redução do pagamento de impostos. Por outro lado, ao se submeter à pejetização, o empregado abre mão

DOCTRINA

de garantias constitucionalmente garantidas, além de se ver privado de direitos trabalhistas previstos em lei: abre-se mão da limitação da carga horária de trabalho, de férias remuneradas com adicional de um terço, de verbas rescisórias, da licença maternidade, dentre outros direitos (DUARTE, 2005, p. 13-14).

Laura Machado *apud* Duarte (2005, p. 14) afirma que, além de ter que assumir os riscos de um negócio jurídico que não encontra razão de existir, na pejotização o empregado ainda deve arcar com “despesas provenientes de uma pessoa jurídica, como contador, o pagamento de impostos e contribuições de abertura, manutenção e encerramento de firma”.

Além de trazer real prejuízo ao empregado, que abre mão de seus direitos, é importante que se note, também, que a sonegação fiscal acarretada pela pejotização acaba gerando prejuízo à Previdência Social e aos seus beneficiários, considerando haver “violenta diminuição na arrecadação se o serviço for prestado por pessoa jurídica, quando comparado ao recolhimento decorrente do trabalhador regido pela CLT” (DUARTE, 2005, p. 15).

Sobre o prejuízo causado ao erário e sobre a lucratividade almejada pelo empregador por intermédio da pejotização, o autor Dirceu Galdino Barbosa Duarte traz algumas críticas:

“Também o erário sofre prejuízo, pois frações de parcelas que são direito dos empregados destinam-se ao financiamento de políticas públicas, a exemplo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, cujos recursos extrapolam a esfera do empregado e são utilizados para financiar programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. O empregador, por sua vez, buscando elevar a lucratividade do seu negócio, deixa de garantir direitos trabalhistas intrínsecos à relação de emprego. Dessa forma, se favorece com a diminuição da carga tributária, com a prestação de serviços ininterruptos durante todo o ano, com o não pagamento da porcentagem referente ao INSS, da contribuição para o Sistema ‘S’, bem como da alíquota de 8% referente ao FGTS, da indenização dele decorrente e do aviso prévio proporcional. Justificando-se, as empresas alegam que a atenuação dos encargos sociais reduziriam os preços dos produtos e serviços, aumentando o consumo e consequentemente impulsionando o crescimento socioeconômico do país.” (2005, p. 15)

Como já abordado, o art. 412 da CLT traz a conceituação do contrato individual de trabalho, determinando-o como o acordo, tácito ou expresso, que corresponda à relação de emprego. Desta forma, se estiverem presentes os requisitos estabelecidos pela lei para a caracterização da relação de emprego,

esta deverá ser reconhecido, independentemente de contrato com estipulação em contrário ou mesmo de ausência de contrato escrito e formal. Sobre a consequência deste tipo de contratação, afirma Duarte:

“Caso seja verificada no caso concreto a ocorrência da fraude (...), o Juiz deverá determinar a anulação do contrato ilícito, baseado no art. 9º da CLT, e declarar nula a constituição da pessoa jurídica pelo trabalhador. Além disso, deverá reconhecer o vínculo empregatício e, consequentemente, determinar o adimplemento de todas as verbas trabalhistas decorrentes desse reconhecimento. A data inicial do contrato de trabalho deverá ser aquela em que foi constituída a pessoa jurídica, exceto se a realidade dos fatos mostrar que em outro momento anterior a este se iniciou a prestação laborativa.” (2005, p. 15)

A pejotização acaba, desta forma, tendo o condão de “inviabilizar a inserção mais favorável e civilizada dos trabalhadores na economia e sociedade brasileira” (DELGADO *apud* COUTO FILHO; RENAULT, 2008, p. 12).

O que se nota, neste contexto, é a violação de princípios básicos do trabalho, o que caracteriza a pejotização como fraude às relações empregatícias. O princípio da primazia da realidade sobre a forma, por exemplo, deve ser observado quando da análise do fenômeno, uma vez que a contratação de trabalhadores sob a forma de pessoa jurídica “nada mais é que a camuflagem de uma real relação de emprego em uma relação comercial, que deverá ser considerada nula de acordo com o art. 9º da CLT” (COUTO FILHO; RENAULT, 2008, p. 9).

No mesmo sentido, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é desconsiderado na pejotização, reforçando a ideia da fraude presente no fenômeno, já que o empregado abre mão de direitos irrenunciáveis e constitucionalmente garantidos, para se submeter a este tipo de contratação.

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas, na mesma esteira dos princípios acima citados, invalida a vontade do empregado pela inaplicabilidade da norma trabalhista. Assim, um contrato de natureza civil que visa burlar a legislação laboral, não tem o condão de impedir o reconhecimento da relação de emprego, se estiverem presentes os requisitos exigidos para a sua aplicabilidade (DUARTE, 2005, p. 13)

O que se nota, também, na análise do fenômeno da pejotização é a clara violação ao princípio que consubstancia um dos objetivos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito: o princípio do respeito

à dignidade da pessoa humana, disciplinado no art. 1º, III¹⁰, da Constituição Federal (MARTINS, 2014, p. 64).

A mitigação dos direitos e valores trabalhistas, como os princípios do direito do trabalho e, inclusive, de preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, contribuem para a precarização das relações de trabalho. De acordo com Cláudia Pereira Vaz de Magalhães, a prática se torna preocupante uma vez que tende à repetição, transformando em complexo para o Estado a atividade de reinserção das “pessoas que foram excluídas de um modelo que previa o pleno emprego, com estabilidade e inserção na previdência” (MAGALHÃES, 2014, p. 90).

Neste sentido, Carlos Minayo Gomez e Sonia Maria da Fonseca Thedim-Costa *apud* Cláudia Pereira Vaz de Magalhães acrescentam que

“a gravidade da precarização e do desemprego, quando instalados, está na tendência a se perpetuarem, dada a ausência de alternativas previsíveis. Passam a fazer parte da dinâmica de erosão de uma modernidade que aponta para a desagregação da sociedade do trabalho e do modelo do Estado do bem-estar social, cujas bases de sustentação pressupunham o pleno emprego, a estabilidade e a seguridade social. Não cabe esperar que a lógica do livre jogo das regras do mercado possibilite reabsorver essa população deslocada, à margem de qualquer sistema previdenciário. Competitividade e rentabilidade não combinam com solidariedade e coesão social. Enfrentar o acelerado crescimento de contingentes ocupacionais economicamente desnecessários e supérfluos que ampliam as dimensões do desemprego estrutural, sem a menor chance de acesso ou reingresso a postos de trabalho, sem espaço na vida econômica, é o maior desafio imposto pelo fenômeno da exclusão.” (2014, p. 7)

A ilegalidade da pejotização resta, desta maneira, como prática flagrantemente ilegal. O intuito de fraudar as relações de emprego se torna claro e inequívoco, sendo notória a tentativa de burlar todo o sistema legal trabalhista brasileiro, já que para manter-se empregado o trabalhador se submete à prática da pejotização, abdicando-se de direitos garantidos pela lei.

10 CRFB, art. 1º:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;”

8 – CONCLUSÃO

A evolução e a adaptação são características inerentes à própria condição humana. O neoliberalismo, o novo capitalismo, o individualismo e a globalização levam à reflexão do que é e do que virá a ser o Direito do Trabalho: afinal, como se portará o trabalhador diante de tantas transformações?

As mudanças do sistema que evoluiu o modo de produção iniciado com a Revolução Industrial, no século XVIII, gerou a mundialização da economia, que trouxe como resultado direto consequências marcantes para as relações de trabalho.

A democracia característica do mundo ocidental capitalista trouxe conquistas para Direito do Trabalho, com a promulgação de leis e decretos que regulamentariam as relações laborais no Brasil. Apesar disso, passou-se a observar, no início da década de 1970, um cenário de desregulamentação deste âmbito do direito, no qual a precarização das relações de trabalho se tornou característica marcante. Neste contexto, surge o fenômeno da pejetização, prática utilizada por empresários que, objetivando aumentar o lucro e reduzir despesas, contratam pessoas físicas que se revestem de pessoa jurídica.

Por se tratar de prática que incentiva e, na maioria das vezes, obriga o empregado a abrir mão de garantias e direitos constitucional e legalmente garantidos, a prática da pejetização se constitui como fraude às relações laborais. A aparente autonomia oferecida ao trabalhador é escolhida em face de direitos abdicados, sendo certo que a dependência e a subordinação ao empregador permanecem conservadas.

Nesta seara, é importante que se destaque o papel dos princípios do Direito do Trabalho aplicados nos casos de pejetização. Como se trata de elementos norteadores e regras que devem ser seguidas, os princípios devem prevalecer sobre leis e contratos que expressam valores que não vão de acordo com o ordenamento jurídico.

Por este motivo, constatou-se, através da análise jurisprudencial, que os princípios da primazia da realidade sobre a forma e o da imperatividade da norma trabalhista vêm sendo utilizado pelos Tribunais para reconhecerem o vínculo de emprego existente entre os trabalhadores (falsamente revestidos de pessoas jurídicas) e os tomadores de serviços, como uma maneira de redimir ou compensar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, flagrantemente violado no fenômeno da pejetização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Barueri: Manole, 2010.

DOCTRINA

ALMEIDA, Bruno Carneiro da Cunha. O fenômeno da pejotização à luz dos princípios trabalhistas no contexto da flexibilização. *Revista da ESMAT 13 Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba*, João Pessoa, v. 4, n. 4, out. 2011. Disponível em: <[http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011\[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS\].pdf](http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS].pdf)>. Acesso em: 7 out. 2015.

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

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. *Lei nº 10.403, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. *Lei nº 11.196, 21 de novembro de 2005*. Institui o Regime de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica. Diário Oficial da União, Brasília, 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Salvador, Programa de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Salvador, 2010. Disponível em: <http://tede.ucesal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-10-22T124554Z-161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Simpósio Internacional de Direito: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, 3, 2012, Chapecó. *Anais...* Joaçaba: Unoesc, 2012, v. 2, n. 2, p. 193-216. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2285>>. Acesso em: 15 out. 2015.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *A “pejotização” e a precarização das relações de trabalho no Brasil*. Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas. 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. O fenômeno da pejotização nas relações laborais. In: GOLDSCHMIDT, Rodrigo; BIER, Clerilei Aparecida; VASCONCELOS FILHO, Albuquerque. *Direito do Trabalho III: XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB – a Humanização do Di-*

DOCTRINA

reito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=17d6adbfbdb7e94b>>. Acesso em: 15 out. 2015.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

GUIMARÃES, Bruno. *Política, cidadania e utopia*. História: o Brasil de Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://politicacidaniaeutopia.blogspot.com.br/2011/06/o-brasil-de-getulio-vargas.html>>. Acesso em: 8 out. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAGALHÃES, Cláudia Pereira Vaz de. O fenômeno da pejetização no âmbito trabalhista. *Revista das Faculdades Integradas Viana Júnior*, Juiz de Fora, v. 5, n. 1, jun. 2014. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/file_s/uploads/20140903_102723.pdf>. Acesso em: 7 out. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0237120141 8503001 0002371-67.2014.5.03.0185. Relator Convocado: Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 23 set. 2015.

MORATO, João Marcos Castilho. *Globalismo e flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. RO 001093712 20135010018. Relator: Angelo Galvão Zamorano. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Rio de Janeiro, 4 maio 2015.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 0002593112 0135020084. Relator: Anísio de Sousa Gomes. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, São Paulo, 13 nov. 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Crise do Estado Social e o papel do juiz na efetivação de direitos trabalhistas*. 2009. 233 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-21062011-154129/publico/Maria_Cecilia_Maximo_Teodoro_Tese.pdf>. Acesso em: 7 out. 2015.

TURCATO, Sandra; RODRIGUES, Rosualdo. PJ é artifício para sonegação de direitos. *Revista Anamatra*, Brasília, v. 17, n. 55, p. 11-15, 2008. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/magazine/00000743.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL DE ROSA: PROPOSTAS QUE NÃO CRIAM EMPREGOS E REDUZEM DIREITOS

Magda Barros Biavaschi*

“Contar é muito, muito difícil. Não pelos anos que se já passaram. Mas pela astúcia que têm certas coisas passadas – de fazer balancê, de se remexerem dos lugares. O que falei foi exato? Foi. Mas teria sido? Agora, acho que nem não.” (GUIMARÃES ROSA, J. *Grande sertão: veredas*)

1 – INTRODUÇÃO: NOTAS SOBRE OS SIGNIFICADOS DA REFORMA¹

Talvez possa parecer descontextualizado introduzir este artigo que aborda certos aspectos estruturantes da reforma trabalhista em andamento no Senado da República (PLC nº 38/2017) com citação de Guimarães Rosa, extraída do clássico *Grande Sertão: Veredas*. Mas não. O que se pretende, pelas mãos de um dos grandes intérpretes do Brasil e com o auxílio e inspiração do *Brasil de Rosa*, de Luiz Roncari (2004)², é assinalar os imensos desafios colocados ao processo de modernização da sociedade brasileira usando-se, como metáfora, a institucionalização do Tribunal no sertão que, para a lente deste texto, pode ser relacionada ao difícil processo de construção do arcabouço jurídico trabalhista brasileiro. Arcabouço esse que inclui tanto as regras sociais de proteção ao trabalho quanto instituições públicas com incumbência de concretizá-las na decisão judicial. Aliás, atores “privilegiados” na reforma objeto deste artigo que parece querer regredir aos tempos rústicos do sertão de Rosa, desconstruindo a tela de proteção social ao trabalho conquistada a ferro

* Desembargadora aposentada do TRT da 4ª Região; doutora e pós-doutora em Economia Social do Trabalho pelo Instituto de Economia da Unicamp; pesquisadora Cesit/IE/Unicamp.

1 As reflexões deste artigo estão fundamentadas nas abordagens e nos estudos dos integrantes do GT – Reforma Trabalhista, composto por alunos e professores que, reunidos no CESIT/IE/Unicamp, discutem a reforma trabalhista em curso no Brasil.

2 O título deste artigo é uma homenagem ao instigante trabalho de Luiz Roncari, *O Brasil de Rosa: o Amor e o Poder*, incluído nas referências bibliográficas.

e fogo neste Brasil de *mil e tantas misérias* e ameaçando a própria razão de ser da Justiça do Trabalho.

O cenário desvendado por Rosa é o da hercúlea busca de padrões civilizatórios mínimos à sombra da *Casa Grande* de uma sociedade escravocrata. A leitura sob a lente de Roncari vai desnudando as brutais dificuldades de incorporação de instituições modernas e republicanas em uma sociedade de jagunços em bandos em que a montagem do Tribunal para julgar Zé Bebelo encontra grandes obstáculos operacionais, descambando no episódio da Fazenda dos Tucanos, espécie de negativa do Tribunal (RONCARI, 2004, p. 261). É que os valores da supremacia das leis, da crença na universalidade dos direitos, das formas representativas de governar, do respeito às Cortes, etc., associados ao liberalismo e ao individualismo jurídico, tinham dificuldades de se afirmar em uma ordem em que os direitos dos cidadãos eram sonogados à grande maioria (VIOTTI, 1999). São registros importantes quando se busca compreender o significado da reforma trabalhista em curso, com potencial altamente regressivo e precarizador das relações de trabalho, fundamentada na ideia de que o “livre” encontro das vontades individuais produz a norma ótima que irá reger de forma “equitativa” as relações entre patrões e empregados (BIAVASCHI, 2007).

2 – A REFORMA ENTRE AS REFORMAS

No dia 23 de dezembro de 2016, o Governo Temer apresentou ao Parlamento brasileiro proposta de reforma trabalhista expressa no PL nº 6.787/2016 centrada, sobretudo, da ideia da supremacia do negociado sobre o legislado. Ou seja, o encontro livre das vontades coletivas passaria, de forma prevalente, a produzir as normas que regem as relações entre capital e trabalho, invertendo-se o sistema das fontes do direito do trabalho ao colocar em segundo plano aquele patamar mínimo civilizatório representado pela lei, cuja universalidade é característica essencial. O argumento adotado, em síntese, é o de que a reforma é necessária para “modernizar” a legislação trabalhista brasileira retirando-lhe a “rigidez” impeditiva da geração de empregos e da melhoria dos índices de produtividade e de competitividade.

Essa ênfase à “modernização” e à retirada de sua invocada “rigidez” aparece, com algumas variações, nos documentos da Confederação Nacional da Indústria – CNI³, da Confederação Nacional do Agronegócio – CNA. Em 2015, o PMDB apresentou seu programa, “Uma Ponte para o Futuro”, cen-

3 *101 propostas para modernização trabalhista*. Brasília: CNI, 2012. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/cniprop.pdf>>.

trado na alteração das fontes formais do direito do trabalho (com supremacia do negociado sobre o legislado) e em rigoroso programa de ajuste fiscal como condicionantes à geração de empregos, à retomada do crescimento e à superação da grave crise econômica que o Brasil passava a enfrentar.

A sociedade passou a debater essa proposta. Em 3 de fevereiro de 2017, por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, foi criada Comissão Especial com o objetivo de proferir parecer ao referido PL nº 6.787/2016. Após audiências públicas realizadas no âmbito dessa Comissão, em 12 de abril de 2017, o Relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), apresentou seu parecer, trazendo versão totalmente nova ao texto original. Para além do negociado sobre o legislado (que supõe encontro das vontades coletivas no campo do garantismo coletivo), estruturou a nova proposta na ideia do “livre-encontro” das vontades individuais. Aprovada na Câmara dos Deputados, foi encaminhada ao Senado da República, onde se encontra. Trata-se, agora, do PLC nº 38/2017, tendo como Relator o Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES)⁴.

Trata-se de mudança radical do sistema de regulação do trabalho no Brasil, proporcionando, acaso aprovada, caminhada de regresso a tempos anteriores ao processo de industrialização brasileira iniciado, de forma sistemática, a partir de 1930. Além de alterar aspectos estruturantes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, atinge de forma vital o sistema de fiscalização e a Justiça do Trabalho, instituição a quem incumbe concretizar um direito profundamente social. Muitas entidades de representação da sociedade brasileira se têm posicionado contrárias à reforma por seus aspectos de violação dos princípios que fundamentam o direito do trabalho e de conquistas incorporadas como direitos pela CLT e elevadas à condição de direitos sociais fundamentais pela Constituição Republicana de 1988. Em suas falas, têm dado ênfase à falácia da promessa de que empregos serão gerados. É a partir desses pressupostos que este artigo analisa essa reforma.

Deixando-se claro que *o Direito não se interpreta em tiras* (GRAU, 2002), compreende-se a reforma trabalhista de forma ampla. Nesse sentido, inclui tanto o referido PL nº 6.787/2016 quanto um conjunto de políticas estruturais e de projetos de lei que tratam dos direitos sociais que, se aprovados, tendem a impactar de forma negativa os “instrumentos que sustentam o Estado indutor do crescimento econômico e promotor das políticas sociais” (ROSSI; MELLO, 2017), como é o caso do PLC nº 30/2015, antigo PL nº 4.330/04, que tramita no Senado Federal, do PL nº 4.302/98, desengavetado em 2016, aprovado pela

4 Consultar: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/06/proposta-de-reforma-trabalhista-divide-opinioes-no-senado>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

Câmara em 31 de março de 2017, transformado na Lei Ordinária nº 13.429/2017 com três vetos, entre outros.

A primeira grande reforma estrutural encaminhada pelo atual governo com essa linha foi a da PEC nº 55, hoje Emenda Constitucional nº 95/2016, que limita o gasto público por 20 anos, permitindo correção apenas pela inflação. Trata-se de fato “internacionalmente inédito” e antagônico à Constituição Federal brasileira de 1988 (ROSSI; MELLO, 2017) a qual, com grandes dificuldades e não sem muitas lutas, buscou constituir em nosso país o Estado Social. Essa PEC foi aprovada sem qualquer proposta de mudança no regressivo sistema tributário brasileiro que “penaliza os pobres e beneficia os ricos” (*ibidem*, 2017), sem discutir desonerações, sonegações, remessas de dinheiro para paraísos fiscais e os elevados juros nominais que, em 2015, respondiam “por mais de 8% do PIB, mais ou menos o valor gasto com todo o sistema de seguridade social” (*ibidem*, 2017).

A segunda é a da Previdência⁵. Nefasta aos interesses dos brasileiros, em especial às mulheres, conta com o repúdio de grande parte da sociedade. A terceira, mais difícil de ser compreendida pela população, é a trabalhista, que, conforme este estudo, inclui, além do PL nº 6.787/2016, projetos de lei em andamento ou recentemente aprovados, como os que estendem a terceirização para quaisquer atividades, ampliam a contratação via trabalho temporário, afirmam a prevalência do negociado sobre o legislado, reduzem a idade para o trabalho e flexibilizam o conceito de trabalho análogo ao de escravo.

3 – A REFORMA TRABALHISTA E AS FALSAS IDEIAS

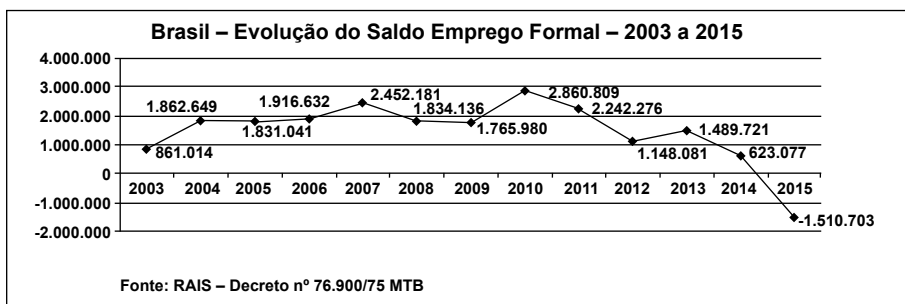
A reforma trabalhista baseia-se em argumentos e proposições debatidas no Brasil da década de 1990 e que, em tempos de crise, aparecem como “solução”, fundamentando-se na ideia de que os direitos do trabalho são responsáveis pelo desemprego. Seus defensores sugerem que as conquistas históricas de salário mínimo, seguro-desemprego, férias remuneradas, licença maternidade, limitação da jornada e direito ao pagamento de horas extras, enfim, desestimulam os empregadores a contratar empregados. A falácia desses argumentos é de fácil evidência.

– *Primeira falácia* – a redução ou flexibilização dos direitos sociais do trabalho é a via para criar empregos e aumentar a competitividade e a produ-

5 Consultar: *Previdência: reformar para excluir*. Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da Previdência Social brasileira Documento-síntese. Plataforma Social, Anfp e Dieese, 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Previdencia_Doc_Sintese.pdf>.

DOCTRINA

vidade. Não há evidências empíricas desse nexo de causalidade. Sabe-se que o crescimento do emprego depende de muitos fatores e, em especial, da política econômica adotada e que é com a dinamização da economia que novos postos serão gerados. Por outro lado, os estudos da OIT, de 2015, mostram que o emprego cresceu mais nos países que ampliaram direitos, não o contrário. A experiência brasileira é reveladora.



Os milhares de empregos formais criados no Brasil, sobretudo entre 2006 e 2013, foram possíveis quando vigentes as regras hoje responsabilizadas pelo desemprego.

– *Segunda falácia* – a legislação precisa ser “modernizada”. A CLT teve mais de 3/5 de suas disposições modificadas. De resto, nosso arcabouço legal é bastante flexível, sem mecanismos que garantam o emprego, brequem a rotatividade da mão de obra e impeçam empregos de curta duração. Não é demais lembrar que a lei do FGTS, Lei nº 5.107, publicada em 14 de setembro de 1966 para vigor a partir de janeiro de 1967, acabou com a estabilidade no emprego, permitindo despedidas sem qualquer justificativa, introduzindo no ordenamento jurídico o direito potestativo de o empregador resilir. Ainda, o sistema brasileiro prioriza a negociação coletiva, condicionando-a, porém, à observância de um patamar mínimo civilizatório que não pode ser desrespeitado. Daí se concluir que os defensores da reforma querem, na realidade, eliminar todo e qualquer obstáculo à redução dos direitos assegurados pela CLT e elevados à condição de direitos sociais fundamentais pela Constituição de 1988. Mais uma falácia a ser desnudada.

– *Terceira falácia* – insegurança jurídica e excessiva litigiosidade. O argumento é falacioso, atingindo a Justiça do Trabalho. O que é excessivo no Brasil é o desrespeito aos direitos assegurados na lei. Por um lado, as multas pelo descumprimento são muito baixas, o que estimula a burla a direitos. Por outro, se os agentes econômicos respeitassem a lei, as controvérsias e o número de ações perante a Justiça do Trabalho seriam bem menores, número esse

DOCTRINA

que cresce *pari passu* ao aumento das despedidas. Os que vão à Justiça do Trabalho são, em grande parte, desempregados e os pedidos mais frequentes são: verbas decorrentes da despedida, reconhecimento do vínculo de emprego e horas extras. Parece que a segurança jurídica almejada é a liberdade de a empresa fazer o que quer, deixando o trabalhador em situação de insegurança e de extrema instabilidade.

– *Quarta falácia* – a reforma fortalecerá a organização sindical. No entanto, em contradição com essa “promessa”, suprime atividades nitidamente sindicais, retira o sindicato da participação da eleição nas organizações por local de trabalho e elimina a fonte de custeio dos sindicatos. E ao ampliar a terceirização para quaisquer atividades, forma de contratar altamente fragmentadora da organização sindical, mais fragiliza a organização dos trabalhadores. Ademais, a desigualdade é fundante da relação capital e trabalho e pactos entre iguais são pactos iníquos, como já dizia Hobbes. O direito do trabalho cumpre papel distributivo e a elevação da renda do trabalho contribui para dinamizar a atividade econômica. A ideia de que salários baixos ampliam o emprego carece de evidência empírica, que fica mais evidente quando se observa a economia brasileira em história recente. Milhões de empregos formais foram criados como decorrência do crescimento econômico, reduzindo-se o desemprego, formalizando-se contratos e elevando-se a renda do trabalhador, sem desconstituição da tela de proteção social.

4 – ESTUDOS RECENTES: A REFORMA EM PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Estudo publicado pela revista da Universidade de Cambridge em 2007, com dados dos países da OCDE, concluiu não haver evidências de que a desregulamentação do mercado de trabalho afete o nível de emprego⁶. Em outras palavras, a retirada de direitos do trabalhador anunciada como enfrentamento à “rigidez” do mercado de trabalho não gera empregos. Ainda, aponta para variáveis que impactam negativamente no nível de emprego, como a condição macroeconômica do país, a alta taxa de juros real ou as políticas monetárias restritivas de um banco central independente.

6 BACCARO, Lucio; REI, Diego. *Institutional determinants of unemployment in OECD Countries: does the deregulatory view hold water?*. International Organization, v. 61, Issue 3, July 2007, p. 527-569. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/institutional-determinants-of-unemployment-in-oecd-countries-does-the-deregulatory-view-hold-water/88398BD7F06884958408D6FF87BEEBCE>>.

Em 2015, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em dois estudos sobre os impactos das normas de proteção ao trabalho no nível do emprego⁷, analisou quantitativamente a relação entre proteção ao trabalho, desemprego, taxa de ocupação e participação. O primeiro, em 63 países, de 1993 a 2013; o segundo, em 111 países, de 2008 a 2014. Os resultados confirmam: não há significância estatística na relação entre rigidez da legislação trabalhista e nível de emprego. Ao contrário: países onde a desregulamentação cresceu, o nível de desemprego aumentou no período; onde a regulamentação se intensificou, o desemprego caiu no longo prazo.

As experiências internacionais de legitimar novas formas de contratação, facilitar as despedidas e alterar as fontes de direito do trabalho dando prevalência ao negociado entre as partes mostram que a intenção é reduzir custos do trabalho com medidas que não criaram empregos e que incrementaram a precariedade. No caso do Chile, a ditadura do Pinochet conseguiu eliminar a legislação protetora dos direitos dos trabalhadores, tendo como resultado queda do poder de compra do salário, enfraquecimento das organizações sindicais e ampliação do desemprego⁸. O retorno à democracia não tem sido suficiente para reverter esses impactos. No caso da Argentina, ampla literatura sobre os impactos negativos das reformas trabalhistas dos anos 1990 destaca: incremento da pobreza e da indigência e aumento do desemprego⁹. No México, a reforma de 2013 significou queda no ritmo de criação de empregos protegidos, aumento do trabalho de curta duração, estagnação do salário, aumento do número de empregados em microunidades (menos de cinco trabalhadores) que representam 51% da força de trabalho urbana e incluem o trabalho por conta própria. É verdade que essas tendências já existiam na economia mexicana, mas foram reforçadas com reformas similares àquelas em andamento no Brasil¹⁰.

7 *World Employment and Social Outlook 2015: the changing nature of jobs*. OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2015-changing-nature-of-jobs/WCMS_368626/lang--en/index.htm>; e ADASCALITEI, Dragos; PIGNATTI MORANO, Clemente. Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences. OIT, *Research Department Working Paper*, n. 5. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_414588.pdf>.

8 LEIVA, Fernando. Flexible workers, gender, and contending strategies for confronting the crisis of labor in Chile. *Latin American Perspectives*, may 9, 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0094582X12441517>>.

9 SALVIA, Agustín; TISSERA, Silvana; BUSTOS, Juan Martín; SCIARROTTA, Fernando; PERSIA, Juliana; GALLO, Gonzalo Herrera; CILLYS, Natalia; ALLEGRONE, Verónica García. *Reformas laborales y precarización del trabajo asalariado (Argentina 1990-2000)*. Equipo Cambio Estructural y Desigualdad Social. Disponível em: <<http://www.econ.uba.ar/www/institutos/economia/ceped/publicaciones/cuadernosceped/Cuad%204/6%20Equipo.PDF>>.

10 SALAS, Carlos. Labour, income and social programmes in contemporary Mexico. In: *United Nations development programme, social protection, growth and employment: evidence from India, Kenya, Malawi, Mexico, Peru and Tajikistan*. New York: UNDP, 2013. p. 201-230.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma em questão, longe de solucionar os problemas das desigualdades nas relações de trabalho no país, tende a gerar mais distorções sociais e iniquidades, com impactos negativos na atividade econômica, na Previdência, na organização sindical e na litigiosidade. Ao retroceder ao encontro “livre” das vontades “iguais” como instância normatizadora prevalente desconsidera a história da construção do direito do trabalho, cujos princípios próprios lhe dão fisionomia. Ao legitimar, por exemplo, a contratação de autônomos com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afastando expressamente a qualidade de empregado de que trata o art. 3º da CLT, rompe com o princípio da primazia da realidade, favorecendo a fraude a direitos. Ao legitimar de forma generalizada a terceirização, além de aprofundar discriminações e desigualdades, amplia o uso dessa forma de contratar, fragmentando a classe trabalhadora e fragilizando suas organizações sindicais. Ao embalo da promessa falaciosa de fortalecimento dessas organizações pela via da supremacia do negociado sobre o legislado, reduz o papel dos sindicatos retirando-os, por exemplo, das eleições para as representações nos locais de trabalho, eliminando sua assistência nas rescisões contratuais, ampliando as possibilidades de acordos individuais para a compensação da jornada, suprimindo sua forma de financiamento, o imposto sindical. Ao atribuir natureza indenizatória a parcelas que integram a remuneração, provoca prejuízos à Previdência, aprofunda as inseguranças no mundo do trabalho, afetando negativamente a economia, com danos à sociedade. Isso para não falar dos obstáculos ao direito de acesso ao Judiciário (no caso, à Justiça do Trabalho), rompendo com o princípio da gratuidade e introduzindo normas processuais incompatíveis com os princípios que informam o processo do trabalho, instrumento de realização do direito material; da introdução do trabalho intermitente; da retirada do teletrabalho do capítulo de proteção da jornada e de outras medidas que a reforma introduz, informadas pela falsa ideia de que a *“liberação” das forças que impulsionam a acumulação de capital é um movimento “natural” e “irreversível” em direção ao progresso e à realização da autonomia do indivíduo* (BELLUZZO, 2013, p. 33). Daí a referência ao *Brasil de Rosa*, às tentativas para organizar o Tribunal do sertão e às grandes dificuldades para institucionalizá-lo, descambando, com o episódio da Fazenda dos Tucanos, na sua negação. Mas como contar é *muito difícil*, fica a pergunta: *o que falei foi exato? Foi. Mas teria sido? Agora, acho que nem não.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *O capital e suas metamorfoses*. São Paulo: UNESP, 2013.

DOCTRINA

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção dos sujeitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à República*. 7. ed. São Paulo: Unesp, 1999.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

RONCARI, Luiz. *O Brasil de Rosa: o amor e o poder*. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. O tribunal do sertão. *Teresa – Revista de Literatura Brasileira*, São Paulo, USP, n. 2, p. 34, 2001.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROSSI, Pedro; MELLO, Guilherme. Da austeridade ao desmonte: dos anos da maior crise da história. *Le Monde Diplomatique Brasil*, mar. 2007, p. 6-7.

A ÉTICA NA RELAÇÃO DE TRABALHO: APONTAMENTOS DE UMA REFLEXÃO

Norberto Mazai*

“O ignorante afirma, o sábio duvida, o sensato reflete.” (Aristóteles)

“A ética lida com aquilo que pode ser diferente do que é.” (Gianetti)

“Uma vida não refletida não merece ser vivida.” (Sócrates)

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ética tem sido tema pertinente e imprescindível no debate mundial e nacional, o que faz com que os discursos que tentam explicá-la tenham profundas implicações nas formas de concepção teórica e de atuação prática do fazer humano. A imbricação entre ética e trabalho é uma relação dual. Por um lado, pelo fato de o trabalho ser uma prática humana intencionada, reforça a ideia da ética como centralidade do seu atuar consciente, pois ele necessita do conhecimento para significar seu rumo, uma vez que não pode dar-se como prática puramente mecânica, transitiva, coisificada, oportunista pautada pela doxa – senso comum. Aqui fica evidente a necessária vigilância crítica perante a práxis humana.

De outro lado, a ética é uma prática reflexiva que produz consciência aguçada, pois tem por principal tarefa a construção de novos conhecimentos, assim como reflexionar e socializar os já disponíveis. Isso se dá por meio do pensar e do agir.

Sabe-se, entretanto, que tal tarefa não é fácil e muito menos portadora de uma linearidade, dado que a realidade, na sua necessária pluralidade, deixa-se compreender a partir de multifacetados ângulos. Desse modo, assume capital

* *Graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); mestre em Educação pela Universidade de Passo Fundo (UPF) e doutor em Educação pela Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário – IESB e de cursos EAD; professor da graduação e da pós-graduação no curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor da ESA/OAB-DF; membro do corpo editorial da Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; colaborador da TV e da Rádio Justiça.*

relevância fazer perguntas, aliás, é o que se busca com o presente texto: perguntar. Essa pergunta a que nos referimos não é aquela que aceita respostas prontas, rasteiras, impostas pela cultura imagética e imediatista da atualidade, as quais, em sua grande maioria, castram a aptidão para a problematização.

Perguntar não é somente levantar uma dúvida, simplesmente pelo gosto do ato de duvidar. A verdadeira dúvida é aquela que percebe a complexidade da realidade e a pequenez de muitas das respostas tidas como certas, fixas em um único sentido e enclausuradas em si mesmas. A dúvida é assim, um processo, é a companheira fiel de nossa história humana que não caminha na clareza da evidência, pois, sendo companheira do humano, não é em sua totalidade infalível¹.

Nas linhas que seguem não pretendemos oferecer uma receita infalível para vivenciar a ética na esfera do trabalho humano, ou, ainda, trazer uma reflexão inédita, mas, sim, procurar problematizar e apresentar indicações de caminhos, como, também, tecer, ainda que de forma embrionária, um quadro formado de elementos provocatórios extraídos do pensamento filosófico a fim de poder balizar alguns pressupostos para se pensar e agir de modo profícuo nas relações humanas de trabalho.

1 – ÉTICA E MORAL: UM ESBOÇO DE SUA NATUREZA

Ao abrirmos os não poucos manuais jurídicos e filosóficos disponíveis no mercado editorial perceberemos que é unânime a ideia de que a ética é um saber cuja origem remonta aos gregos. Tem, pois, uma longa existência histórica cuja raiz pode ser encontrada nos poemas homéricos e na tragédia grega e depois sistematizada como um saber pelo pensador de Estagira Aristóteles na sua belíssima obra *Ethica Nicomachea*. Trata-se, portanto, de um saber prático (referente ao agir humano), de situação (compreensivo), normativo, e crítico-reflexivo. A ética é pensada e possui como seu objeto de estudo a moral.

No entendimento de Valls (1996, p. 7), a ética é daquelas coisas que todo mundo sabe o que são, mas que não são fáceis de explicar, quando alguém pergunta. É nessa questão que pensamos ser relevante a retomada pela pergunta do sentido último da natureza desses dois conceitos: ética e moral². Desde o início do seu surgimento com os gregos, a ética fora concebida como *ethos-habitat/caráter/costumes* e a moral como *mos* ou *mores*, costumes, no sentido de um conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. Seu objeto (da

1 Como afirmava o grande pensador Karl Popper: é preciso falseabilizar as certezas.

2 Dado que é comum uma confusão conceitual entre ambos os conceitos, devemos buscar a *arché* de ambos os conceitos para que não caiamos em generalizações apressadas.

ética) é a práxis humana e surgiu por inquietações que costumam acompanhar o ser humano desde que este se descobriu portador de uma consciência moral e sempre que tem de agir e tomar decisões de ordem moral: como discernir eticamente diante da pluralidade e da complexidade das situações que se nos enredam diariamente? Como dar conta das singularidades de cada situação sem sermos arbitrários ao tomarmos decisões de ordem moral? Que tipo de critério(s) deve(m) orientar nossas decisões?

Essas importantes indagações pontuam que para agirmos moralmente não basta apenas termos uma boa intuição, experiência existencial apurada ou sensibilidade moral. Embora essas capacidades sejam necessárias ao homem moral, quando uma pessoa encontra-se em uma posição de maior responsabilidade elas não são em si suficientes para um discernimento mais peculiar das situações morais. Isso acontece em razão de complexidade que permeia tais situações, fatores inconscientes e determinadas categorias do agir humano, como sua contingência, inexatidão, falibilidade, intencionalidade e relativa opacidade da linguagem humana.

A naturalidade que contorna hodiernamente a orientação de nossas ações nem sempre é suficiente para guiá-la de forma segura. Situações de dúvida, conflito ou dilema moral, a exemplo das situações complexas oriundas da esfera profissional, demandam a passagem para níveis mais elevados, de caráter crítico/reflexivo, e necessitam necessariamente ser justificadas. A reflexão ética entra em ação quando nos confrontamos na práxis hodierna com algo que foge de sua naturalidade que caracteriza a espontaneidade do cotidiano. Isso implica que a ação moral comporta necessariamente graus de entendimento que fogem ao imediatismo, indo do mais espontâneo ao mais reflexivo (ação, juízo e normas/princípios morais).

Se a ética é pensada, como afirmamos acima, a moral é vivida como gostam de frisar alguns autores. A ética, como afirma Bittar (2004), é um tipo de saber normativo, saber este que tem como objetivo orientar as ações humanas. Enquanto disciplina, a ética é uma reflexão sistemática sobre a ação em sua dimensão moral e é nesse sentido que se constitui como um saber prático (de práxis = ação). Se é entendida como uma reflexão sistemática sobre a ação, há que se levar em conta o tipo de ação e seus componentes (a intenção, a ação, as consequências e as circunstâncias). Se é um saber, pode então ser estudada criticamente, apropriada e vivenciada para tornar nosso agir melhor. Como lembrava Aristóteles, em sua *Ethica Nicomachea*, “saber o que é a excelência (a virtude) moral e a intelectual não é o bastante, devemos esforçar-nos por

possuí-las e praticá-las” (1992, p. 206). Eis sua preciosa contribuição para iluminar o agir pessoal e profissional de todo ser humano.

A vivência profícua da ética no âmbito profissional trata-se de uma aprendizagem que demanda, para ter êxito, a adesão consciente (o desenvolvimento progressivo da capacidade de por si mesmo apreciar e tornar suas as regras/normas/princípios) e o desenvolvimento de uma postura que gradativamente deve ir se tornando autônoma em relação às normas³.

2 – DIZER NÃO AO ETERNO RETORNO DO MESMO: UM IMPERATIVO ÉTICO NO TRABALHO E NA EXISTÊNCIA

Se revisitarmos a história do pensamento humano verificaremos que são inúmeros os gritos de guerra feitos contra o eterno retorno do mesmo em várias esferas da atuação humana. Faz-se mister reflexionarmos acerca da necessidade de levantarmos um imperativo ético contra a barbárie que assola as relações profissionais modernas.

A nossa época vive sob o estigma de uma ética da barbárie em que o ser humano é levado a calcar seu ser e suas atividades na coisificação e na trivialidade de seus atos meramente mecânicos. Logo, é de extremada significância uma nova postura acerca de nossas relações profissionais, na qual prevaleça o respeito para consigo mesmo e para com os outros. É preciso desvencilhar-se das convicções que nos encerram em pequenos redutos que encarceram nosso desejo de sermos mais que meros reprodutores de normas vazias e sem significado real para o nosso trabalho e a existência humana criadora.

Como bem destacou o grande filósofo Nietzsche (2006):

“Esta vida, assim como tu a vives agora e como a viveste, terás de vivê-la ainda mais uma vez e ainda inúmeras vezes; e não haverá nela nada de novo, cada dor e cada prazer e cada pensamento e suspiro e tudo o que há de indizivelmente pequeno e de grande em tua vida há de te retornar, e tudo na mesma ordem e sequência – e do mesmo modo esta aranha e este luar entre árvores, e do mesmo modo este instante e eu próprio. A eterna ampulheta da existência será sempre virada outra vez – e tu com ela, poeirinha da poeira.”

3 A ética enquanto reflexão sobre o agir humano não é algo que se ensina – no sentido estrito do termo –, mas que se aprende reflexivamente mediante o seu exercício orientado. Por essa razão, é muito importante a constituição de espaços formais para tal aprendizagem no âmbito da esfera do trabalho.

DOCTRINA

O que essa passagem nos provoca? Júbilo ou desespero? Um sorriso ou um ranger de dentes? Eis a questão! O fato é que qualquer atitude que viéssemos a adotar não nos libertaria de encarar um fardo penoso que pesaria sob o nosso agir hodierno. Infelizmente, não são todas as pessoas que são capazes de tal reflexão que as levassem a uma mudança radical de suas ações e, por que não, a um imperativo ético balizador de suas ações.

Querer a repetição eterna de todas as coisas implicaria não só viver de novo o que se escolheu ou o que não se escolheu ou ter que viver tudo de novo o que não se quis verdadeiramente. A questão que se pontua aqui pode ser vislumbrada na ideia de que não estamos prontos e nem acabados. Estamos sempre a caminho e dentro da performática reveladora do ser. Se partirmos dessa concepção, temos a possibilidade da mudança diante da mesmice e o cárcere do eterno retorno.

De outro ângulo, há a possibilidade de pegarmos a ideia do eterno retorno trabalhada por Nietzsche, como um meio de purificação, prova de coragem, exercício de introspecção, guia de uma nova conduta ou como um imperativo existencial criador, pois,

“apesar da importância que possa haver em conhecer os autênticos motivos que guiaram até hoje as ações humanas, talvez seja mais importante ainda, para quem procura o conhecimento, saber qual crença está ligada a este ou aquele motivo, quero dizer, conhecer o que a humanidade supôs e imaginou até o presente como sendo a verdadeira alavanca de seus atos. De fato, a felicidade e a miséria interior dos homens vieram-lhe de sua crença neste ou naquele motivo – e não daquilo que foi o motivo verdadeiro.” (*Ibidem*, 2006)

A verdadeira alavanca dos atos humanos não pode estar calcada no afã de apenas viver mecanicamente um código de ética sem ao menos refletir e encarnar o mesmo na esfera profissional. É urgente, pois, suprimir a aparência das relações e da vivência dos códigos para desembocarmos num gesto afirmativo de credibilidade do vir a ser. A ética na relação de trabalho deve levar à viabilidade da edificação de novos relacionamentos alicerçados não na especialidade cega e idiota que tudo domina e sabe, mas na vivência e na encarnação de possibilidades criadoras de novas posturas de crescimento e de respeitabilidade consigo mesmo, com os outros e com o meio em que está inserido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afirmar que se tenha chegado a uma conclusão seria demasiadamente uma atitude um tanto quanto insensata. A escrita de nossa investigação não pretendeu dar um fim ao interesse e à curiosidade de continuar a investigar a importante relação entre a ética e o trabalho. São muitos os prismas pelos quais podemos apreender esta temática e muitas das proposições aqui desenvolvidas mostraram o nosso empenho em encontrar e compreender algumas das possibilidades de entendimento e suas importantes articulações com o campo profissional, de modo especial, o contributo para se pensar temas contemporâneos urgentes como a crise ética que assola nosso país.

Muitas das proposições aqui desenvolvidas, mesmo que embrionariamente e sem terem a pretensão de ineditismo, mereceriam maior aprofundamento e desenvolvimento de uma forma mais orgânica. Entretanto, o objetivo maior não foi o de elaborar um tratado, pois esta, de forma alguma, não é a finalidade deste texto, e sim propiciar algumas pistas para que o tema possa ser retomado e refletido dentro dos diferentes contextos que ora possam emergir, em especial no campo do trabalho.

Portanto, fica o convite para que outros levem adiante a chama que foi acesa. As bases lançadas aqui continuam em construção e acertadamente devem engendrar a atenção de múltiplos olhares, viabilizando o importante diálogo entre a tradição filosófica e jurídica com a contemporaneidade sem cair em generalizações apressadas e em ranços históricos epistemológicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Edunb, 1992.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Escala, 2006.
- VALLS, Álvaro. *O que é a ética*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

NEGOCIAÇÃO SALARIAL ANUAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS, MUITO ALÉM DA SÚMULA Nº 679 DO STF

Raquel de Souza Felício*

Gilberto Stürmer**

INTRODUÇÃO

A Súmula nº 679¹ do STF dispõe sobre a impossibilidade de se realizar acordo ou convenção coletiva que tenha por finalidade fixar vencimentos de servidor público. O argumento é que, devido aos princípios da Administração Pública (especificamente: legalidade, interesse público e previsão orçamentária), haveria impedimento de se firmar um instrumento negocial coletivo entre servidor público e ente público empregador, nos moldes do setor privado.

Observa-se, entretanto, que a Súmula refere-se a vencimentos (ou seja, sobre a remuneração do servidor), o que não incluiria as denominadas cláusulas sociais. O impedimento está relacionado com o instrumento negocial (convenção/acordo coletivo), e não com o modo negocial (negociação coletiva) da entidade sindical. Isso significa dizer que é possível a negociação salarial tanto no que se refere às cláusulas sociais quanto às cláusulas de caráter econômico, desde que o meio seja aquele permitido ao gestor público – no caso, por intermédio de lei e não mediante instrumento contratual, como se dá no setor privado.

* Procuradora do Município de Criciúma/SC; mestra em Desenvolvimento Socioeconômico/UNESC (Universidade do Extremo Sul Catarinense); professora de graduação na UNESC; integrante do grupo de pesquisa Estado, Trabalho e Sindicalismo da PUCRS.

** Advogado; doutor em Direito do Trabalho pela UFSC; pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha (Espanha); coordenador do Curso de Pós-Graduação – Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade da PUCRS; professor titular de Direito do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na PUCRS; coordenador do grupo de pesquisa Estado, Trabalho e Sindicalismo da PUCRS.

1 Súmula nº 679 do STF: “A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

DOCTRINA

Ao garantir o direito de sindicalização e de greve no serviço público – mas não assegurar o direito à negociação coletiva – passa-se a conceber esse direito como incompatível com a natureza da relação laboral mantida entre servidores públicos e Administração Pública, o que torna restrita a liberdade sindical desse grupo de trabalhadores.

Esse entendimento é unânime e pacífico para os doutrinadores de Direito Administrativo, os quais aduzem que a possibilidade de esse grupo de trabalhadores de buscar melhores condições de trabalho por meio de negociações coletivas é restrita, ou seja, confundem o gênero com a espécie, ou melhor, o meio com a forma do ato administrativo.

Por sua vez, para a doutrina em Direito do Trabalho, é possível a negociação salarial entre servidores e gestores públicos, pouco importando o nome que se daria ao meio negocial, que seria um “protocolo de intenções”, pois necessariamente seria transformado num instrumento legislativo, ou seja, constituído por meio de uma lei (BEZZERA LEITE, 2001).

Ao negar a possibilidade de negociação salarial, o gestor público mitiga a tríade garantida constitucionalmente (liberdade sindical – greve – negociação). O entendimento predominante, mesmo após ratificação da Convenção nº 15 da OIT, em 2010 (que dispõe sobre a negociação salarial no serviço público), é que o primeiro (direito à sindicalização) é garantido ao servidor; quanto ao segundo (direito de greve), após anos de discussão, o STF estendeu analogicamente, no que considerou compatível, o disposto na Lei Federal nº 7.783/89 (Lei de Greve da Iniciativa Privada) aos trabalhadores do setor público (devido à inércia legislativa); e o terceiro (negociação coletiva), visto ser confundida a forma com o meio, devido ao disposto na Súmula nº 679 do STF, não é concedido ao servidor público (BRASIL, s/d).

A (IM)POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO

Primeiramente, cabe conceituar “negociação coletiva”, que, segundo Delgado (2011), é uma forma de solução de conflitos decorrente da oposição de interesses entre empregados e empregadores, em que os sindicatos ajustam melhores condições de trabalho para a categoria por eles representada. Esse ajuste se dá por meio de um instrumento normativo, no qual serão dispostas as normas coletivas negociadas; o nome desse instrumento pode ser Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho, conforme conceito normativo elencado no art. 611 da CLT, com o seguinte texto:

DOCTRINA

“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.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

§ 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, organizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.” (BRASIL, 1988)

As expressões “Acordo Coletivo do Trabalho” e “Convenção Coletiva do Trabalho” têm sentidos jurídicos específicos, que por sua vez são diferentes de “Negociação Coletiva”, que é o meio pelo qual as partes (empregado e empregador) pacificam a controvérsia salarial existente entre elas.

Ocorre que, numa uma relação jurídica de natureza estatutária, diferentemente de uma relação jurídica de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, o liame entre “capital *versus* trabalho” é distinto, pois não há o objetivo primordial do setor privado, que é o lucro, mas, sim, a preservação de princípios da Administração Pública, elencados no *caput* do art. 37 da CRFB² (BRASIL, 1988).

Em havendo essa distinção, de interesses entre os setores público e privado, a impossibilidade de negociação coletiva no setor público tem sua razão de ser, pois, nas relações jurídico-estatutárias, em virtude de não serem consideradas relações contratuais, deve prevalecer a natureza do vínculo decorrente da função pública, ou seja, o vínculo mantido entre o Estado e o servidor público, mesmo regido pelas normas da CLT, é distinto do vínculo mantido entre empregado e empregador, do setor privado.

Para melhor entender a denominada impossibilidade negocial que ainda predomina do direito administrativo brasileiro, necessária se faz uma análise da

2 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

teoria da função pública, quanto à natureza do vínculo entre o servidor público e o Estado, sob a luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Duas são as teorias que podem ser utilizadas para justificar a relação do trabalhador³ com a Administração Pública, são elas as teorias unilateralista e a bilateralista.

Segundo a teoria unilateral, como o próprio nome já diz, existe uma relação unilateral de vontade na qual o trabalhador do serviço público adere coativamente ou voluntariamente ao regulamento estatal. A alteração do vínculo é possível, mas somente se decorrente da vontade estatal; portanto, as alterações das condições de trabalho somente serão realizadas em decorrência da vontade unilateral do Estado/patrão e não da vontade do trabalhador/servidor ou mesmo do órgão coletivo que o representa (ARAÚJO, 2011).

Por sua vez, segundo a teoria bilateral, conforme Araújo (2011), o vínculo mantido entre o Estado e o trabalhador do setor público pode ser alterado, de acordo com a vontade de ambos. Assim, o Estado/empregador, quando adota a teoria bilateral, permite a negociação coletiva e, quando adota a teoria unilateral, ele não permite a negociação coletiva. No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria adotada é a unilateral, ou seja, não é possível a negociação coletiva.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu importante pressuposto de ação (liberdade sindical) ao servidor público (que já era garantida ao trabalhador do setor privado), mas o meio de ação para que isso se perfectibilizasse plenamente (negociação coletiva) não foi garantido, o que se deu em decorrência da adoção da teoria unilateral, que impede ao vínculo estatutário o caráter negocial.

Além da adoção da teoria unilateral da função pública, outros pressupostos constitucionais podem ser elencados como motivos para que não seja possível a negociação coletiva aos servidores públicos.

Sob esses fundamentos descritos acima e também em conformidade com os princípios norteadores da Administração Pública, o STF se manifestou quanto à impossibilidade de negociação coletiva para os servidores públicos, ao julgar a ADI 492, na qual se discutia a inconstitucionalidade do art. 240, alíneas *d* e *e*, da Lei Federal nº 8.112/90⁴, em que se julgava procedente a citada

3 O termo “trabalhador” aqui utilizado é remetido ao sentido sociológico do termo e não ao seu sentido jurídico.

4 “CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. CF, ARTS. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8.112, de

ação para determinar a inconstitucionalidade das referidas disposições legais, demonstrando um claro equívoco entre meio e espécie (BRASIL, 1990).

Logo após a decisão da ADI 492 pelo STF, este edita a Súmula nº 679, que findou as discussões acerca do tema, ao dispor expressamente quanto à impossibilidade de fixação de vencimentos de servidores por convenção coletiva. É importante ressaltar que não houve vedação expressa à possibilidade de realização de negociação coletiva, mas, sim a intenção de firmar convenção coletiva, sendo o primeiro o *modus operandi* para se chegar ao segundo, que é a instrumentalização daquele. Porém a interpretação que se dá é a de que a Súmula nº 679 do STF impede o reajuste salarial, qualquer outra vantagem econômica ou garantia concedida ao servidor público por meio de negociação coletiva.

Ao negar ao servidor público o direito à negociação coletiva, entendendo esse direito como incompatível com a natureza da relação entre servidores públicos e Administração Pública, estar-se-ia ferindo a liberdade sindical garantida ao servidor público, bem como criando óbices para discutir aumento salarial e melhores condições de trabalho para essa categoria.

O entendimento sumulado pelo STF, na realidade, referendou o texto constitucional, que opta pela submissão aos princípios da Administração Pública elencados nos arts. 37 da CRFB, bem como na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), ou seja, a impossibilidade de negociação coletiva no serviço público tem base em três regras constitucionais de observância obrigatória por parte da Administração Pública: na primeira regra, princípio da legalidade; na segunda, o interesse público; e na terceira, os limites orçamentários; ou seja, as finanças públicas devem estar vinculadas às receitas e às diretrizes previamente estabelecidas no orçamento público.

No que se refere ao interesse público, o entendimento é o de que ele deve prevalecer em detrimento do interesse de grupos ou de particulares. Aquele tem como finalidade as necessidades da coletividade; assim dispõe José dos Santos Carvalho Filho (2013):

“As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum inte-

1990, art. 240, alíneas *d* e *e*. I – Servidores públicos estatutários: direito à negociação coletiva e à ação coletiva diante da Justiça do Trabalho. Inconstitucionalidade. Lei nº 8.112/90, art. 240, alíneas *d* e *e*. II – Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea *e* do art. 240 da Lei nº 8.112/90. III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (STF, ADI 492/DF, Rel. Carlos Velloso, j. 12.11.92, Tribunal Pleno, publ. DJ 12.03.93 PP-03557 Ement Vol-01695-01 PP-00080 RTJ Vol-00145-01 PP-00068) (BRASIL, 1992)

DOCTRINA

resse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, com visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo.” (2013, p. 35)

O interesse que deve prevalecer numa relação na qual a Administração Pública está em um dos polos deverá sempre ser o público, pois sempre haverá a supremacia desse interesse sobre o particular, cabendo ao Estado regular e impor limitações às liberdades individuais, com o objetivo de regular a ordem pública, visando ao bem-estar social e não apenas ao interesse particular de cada indivíduo.

O segundo aspecto limitador à possibilidade negocial são os limites orçamentários, conforme os quais o Estado não pode dispor de despesas financeiras que não estejam vinculadas às receitas e às diretrizes previamente estabelecidas em orçamento. Para realizar despesas, é necessário que haja previsão no orçamento, considerando três instrumentos de controle: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual⁵, ou seja, torna-se mister fazer prévia autorização legislativa. Ademais, além dos preceitos anteriores, existem outros limitadores para o sistema remuneratório dos servidores públicos, como o art. 169 da CRFB, que estabelece limites com despesas de pessoal ativo e inativo da Administração Pública, e, posteriormente, regulamentando esse artigo, surge a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que é a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que limitou as despesas de pessoal no serviço público a um percentual máximo de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL). Esta última norma legal, criada no ano de 2000, surgiu para evitar que as finanças públicas saíssem do controle. Trouxe uma restrição severa à despesa de pessoal, que tem sido rigorosamente cumprida pelos gestores, o que de certa forma tem causado prejuízos e engessado as carreiras dos servidores, impedindo ainda mais a recomposição salarial dos trabalhadores (BRASIL, 2000).

A reforma administrativa, realizada pela Emenda Constitucional nº 19/98, trouxe outros limitadores para o sistema remuneratório dos servidores públicos, alterando o art. 169 da CRFB, que estabelece limites com despesas de pessoal ativo e inativo da Administração Pública, o que limitou ainda mais a negociação salarial. Posteriormente, regulamentando o art. 169 da CRFB, surgiu a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabeleceu limites para as despesas de pessoal no serviço público

5 Respectivamente os artigos: Plano Plurianual (art. 165, inciso I, da CRFB), Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, inciso II, da CRFB) e Lei Orçamentária Anual (art. 165, inciso III, da CRFB) (BRASIL, 1988).

a um percentual máximo de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL) (BRASIL, 2000).

E, por último, o terceiro preceito constitucional a ser observado na limitação negocial entre servidores e entes públicos, qual seja o princípio da legalidade, considerado basilar da Administração Pública, de observância obrigatória e irrestrita pelo gestor público. Assim, em decorrência de tais preceitos constitucionais, autores do Direito Administrativo, como Carvalho Filho (2013, p. 818), entendem que:

“No caso dos sindicatos de servidores, é necessário o recurso à interpretação sistemática da Constituição. A matéria relativa aos vencimentos dos servidores obedece, ao princípio da legalidade, isto é, são fixados e aumentados em função de lei. Esse princípio impede que haja negociação e reivindicação sindical de conteúdo econômico. Por isso mesmo, inviável será a criação de litígio trabalhista a ser decidido em dissídios coletivos, como ocorre na iniciativa privada. A atuação sindical nessa hipótese terá que observar algumas limitações compatíveis com as regras que disciplinam os servidores públicos, restringindo-se as reivindicações à de natureza social.”

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 564) assim expõe:

“A dificuldade está no fato de que, tanto o direito de sindicalização como o direito de greve, cuja importância para os trabalhadores em geral diz respeito a assuntos relacionados com pretensões salariais, não poderão ter esse alcance com relação aos servidores públicos, ressalva feita aos das empresas estatais. Com esse objetivo, o exercício do direito de greve poderá, quando muito, atuar como pressão sobre o Poder Público, mas não poderá levar os servidores a negociações coletivas, com ou sem participação dos sindicatos, com o fito de obter aumento de remuneração.”

A doutrina em Direito Administrativo é uníssona num mesmo entendimento, ao dispor que a negociação coletiva não é possível porque cláusulas de natureza econômica não podem ser objeto de negociação; isso acontece em decorrência do disposto no art. 61 da CRFB⁶, que regra a competência exclu-

6 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;” (BRASIL, 1988)

siva para cada ente público determinar, por lei, o aumento salarial dos seus respectivos servidores públicos.

Ocorre que, contrapondo-se ao entendimento dos administrativistas, Carlos Henrique Bezerra Leite (2001), doutrinador de Direito e Processo do Trabalho, afirma haver um equívoco terminológico ao ser negada expressamente, por meio da Súmula nº 679, a possibilidade de negociação coletiva. Segundo esse autor, seria um equívoco terminológico confundir o meio (negociação coletiva) com a espécie, que seriam os instrumentos normativos daí decorrentes, ou seja, os acordos ou convenções coletivas (BEZZERA LEITE, 2001).

Para Bezerra Leite (2001), o que se denomina de “negociação coletiva”, na realidade, seria apenas um procedimento preparatório para os instrumentos denominados *Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho*, estes, sim, instrumentos normativos que não podem ser firmados entre trabalhadores do setor público e seus respectivos entes públicos aos quais estão vinculados. O fato de os trabalhadores do setor público não poderem entabular acordo ou convenção coletiva não significa que o sindicato não possa negociar diretamente com os gestores públicos. Para esse autor, seria perfeitamente possível a realização de negociação coletiva, contanto que o nome e o meio desse instrumento receba uma distinção, em virtude dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Esse entendimento tem sustentação no fato de que uma negociação salarial vai muito além do aspecto econômico, pois também são ajustadas garantias denominadas de *cláusulas sociais*. São denominadas de *cláusulas sociais* aquelas que não refletem diretamente em questões financeiras ou orçamentárias; por sua vez, as que têm impacto econômico direto são denominadas de *cláusulas econômicas*. Exemplos de cláusula de natureza econômica seriam o aumento de remuneração como reajuste salarial anual, o ganho real, o aumento do piso salarial da categoria, as gratificações, os abonos, dentre outros. Já as cláusulas sociais são aquelas que ajustam as condições de trabalho, quanto à qualidade de vida no trabalho, à saúde e à segurança dos trabalhadores, à não discriminação, à flexibilização do trabalho, dentre outras.

Portanto confundem-se os que tentam retirar do trabalhador do setor público a possibilidade de negociação coletiva com seus respectivos órgãos estatais; esse meio negocial é perfeitamente possível. O que não é possível é a elaboração de um instrumento normativo no formato determinado pelo art. 611 da CLT (que seria o acordo ou a convenção coletiva de trabalho); mas outro modo – por meio de lei – seria perfeitamente cabível, ou seja, negociar coletivamente é possível no serviço público. A forma como será instrumentalizada

é que será diferente, sempre respeitando os princípios constitucionais que a Administração Pública deve necessariamente observar.

A deflagração de greve, sem ao menos permitir a possibilidade de negociação coletiva, é comum no setor público; muitas vezes torna-se o modo de provocar uma negociação, devido à resistência ao diálogo da parte do gestor público. Não negociar significa levar as demandas dos servidores públicos ao movimento paredista sem ao menos discuti-las, sem esgotar as possibilidades de autocomposição por meio da negociação – isso sem mencionar que nem mesmo a greve, muitas vezes, é suficiente para alterar a remuneração do servidor público. Sobre o exposto, Di Pietro (2011, p. 565) assim leciona: “Quer dizer que o direito de greve, com a possibilidade de participar de negociação coletiva, por meio de sindicato, dificilmente poderá alterar a remuneração ou qualquer direito do servidor público que seja definido em lei”, ou seja, usa-se o movimento paredista para pressionar os gestores a negociar, quando deveria ser o uso da autotutela utilizado somente quando esgotadas todas as formas de conciliação, e não como modo de abrir as discussões salariais dos servidores públicos.

Conforme estudo técnico do DIEESE (2012, p. 315), sobre a sindicalização do setor público no Brasil:

“(...) a negociação no setor público existe em moldes próprios, com mecanismo bastante complexo. Ao se refletir sobre as relações de trabalho e o movimento dos trabalhadores do setor público é necessário observar outra questão: quem é o patrão, que é o empregador? No caso, não é apenas uma estrutura jurídica impessoal e burocrática próprias do Estado moderno, são também os governos de plantão e o Poder Legislativo, que, de acordo com o arranjo político podem alterar ou manter os padrões de relações de trabalho.”

Porém, faz-se necessário uma padronização de negociação salarial no serviço público e urge que este assegure efetivamente a participação dos servidores públicos e da Administração Pública na regulação das condições de trabalho desses trabalhadores. Esse procedimento negocial não pode afrontar nenhum princípio da Administração Pública, e as despesas orçamentárias daí decorrentes devem ser previamente analisadas de modo a não comprometer as receitas públicas e a observar o limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal com o que pode ser gasto com folha de pagamento. Essa forma de negociação salarial, que não pode ser reconhecida como negociação coletiva, é denominada por Bezzera Leite (2001, p. 1) de “protocolo de intenções”:

DOCTRINA

“No âmbito da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, é juridicamente possível que a negociação coletiva seja operacionalizada – pouco importa o *nomen iuris* – como um *protocolo de intenções*, uma mesa redonda, do qual participem, de um lado, o representante do ente público e, de outro lado, o sindicato representativo dos servidores, tudo em perfeita sintonia com os princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito. Desse protocolo de intenções poderá surgir um projeto de lei, encampando, materialmente, as cláusulas que contemplam o acordo de vontades entre as partes, pressupondo, sempre, que o representante do ente público paute sempre a sua conduta pela observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse de classe ou particular.

Obviamente que o projeto de lei será encaminhado ao Poder Legislativo, onde se abrirão amplos debates inerentes ao processo legislativo, e, se aprovado na Casa Legislativa, retornará para a sanção do chefe do Executivo.

Assim, embora materialmente tenha havido a negociação coletiva, do ponto de vista formal ter-se-á, não um acordo coletivo, mas sim, uma lei regulando as relações de trabalho entre os servidores e o Estado.”

Para esse autor trabalhista, Bezzera Leite (2001), o nome que se dá ao meio negocial seria irrelevante; o que importa realmente é o documento firmado, negociado entre a Administração Pública e seus servidores. O que deve ser garantido é que o trabalhador do setor público tenha o direito à negociação, e desse procedimento negocial deve nascer um documento que não pode ser chamado de Acordo ou Convenção Coletiva, pois é decorrente de uma negociação salarial distinta da que ocorre no setor privado – até mesmo pelo formato jurídico, que é diferente. Dá-se por meio normativo, ou seja, por uma lei, e não do modo como ocorre no setor privado – por meio de um contrato com nome específico, de acordo ou convenção coletiva.

Portanto, uma negociação coletiva, no setor público, que busca alteração salarial somente seria permitida quando não houvesse desequilíbrio orçamentário, ou seja, a possibilidade de negociação salarial exige a elaboração de projeto de lei específico (referendando o princípio da legalidade) e conciliando-se com o direito à liberdade sindical. Assim, verifica-se que é possível negociar, no serviço público, todo e qualquer tipo de cláusula, social ou econômica, mas tal possibilidade negocial não pode ultrapassar limites orçamentários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regramento constitucional das garantias e dos direitos dos trabalhadores do setor público passou por profundas transformações desde a instituição das carreiras públicas, sendo, por exemplo, o exercício do direito de greve transformado de delito em garantia constitucional. Tanto garantias de caráter individual como coletivo estão em capítulo distinto do texto constitucional, demonstrando a diferenciação existente entre os trabalhadores do setor público e o do setor privado.

Isso se dá pelo fato de que o trabalhador do setor privado, bem como o da Administração Pública indireta (aqui se referindo às sociedades de economia mista e a empresas públicas), mantém uma relação de trabalho com seu empregador regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e de natureza contratual, ou seja, uma relação distinta daquela mantida pelo trabalhador do setor público, que não é de natureza contratual, mas, sim, estatutária, regida por um estatuto próprio com regras completamente distintas e específicas, às quais os servidores públicos estão subordinados.

Como se trata, portanto, de uma relação de trabalho (aqui “trabalho” deve ser considerado no sentido sociológico do termo), que não é regida por normas celetistas, mas, sim, estatutárias, segundo as quais não se pode firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho em face das particularidades impostas à Administração Pública, como os limites orçamentários (que dispõem sobre a observância de que, para toda despesa, deve haver uma receita no orçamento que a suporte), o princípio da legalidade e o interesse público. Esses aspectos devem sempre prevalecer sobre regras individuais ou mesmo normas de grupos de trabalhadores. Porém negociar é preciso e anualmente esses trabalhadores fazem jus à anual revisão de índices econômicos, como também há necessidade permanente de obter condições mais dignas de trabalho, ampliação de direitos e manutenção do patamar econômico.

Ao interpretar a Súmula nº 679 do STF, no sentido de impossibilidade de negociação coletiva, estar-se-ia ampliando o conteúdo da súmula que dispõe literalmente pela impossibilidade de firmar os instrumentos negociais, ou seja, acordo e convenção coletiva, e não de impedir uma forma negocial. A súmula é limitadora quanto ao instrumento de ação (acordo ou convenção coletiva) e não quanto ao modo de agir (negociação salarial).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Florisvaldo Dutra. *Negociação coletiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DOCTRINA

AUGUSTO, Ilnah Toledo. *Sindicalismo no setor público: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 492*. Ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. *Súmula nº 679*. A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 12 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *A situação do trabalho na primeira década dos anos 2000*. 2012. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2012/livroSituacaoTrabalhoBrasil.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2013.

FELÍCIO, Raquel de Souza. *Sindicalismo no serviço público: a experiência do Município de Criciúma/SC (1979 – 2014)*. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Socioeconômico, Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, dez. 2015.

GOMES, Darcilene Cláudio; SILVA, Leonardo Barbosa; SIDARTHA, Sória. Condições e relações de trabalho no serviço público: o caso do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 42, jun. 2012, p. 167-181.

GUARNIERI, Bruno Marcos. *Iniciação ao direito sindical*. São Paulo: LTr, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezzera. *A greve do servidor público e os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/artigos/Art_carlos.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

MADEIRA NETO, Acilino Alberto. *Sindicalismo no serviço público*. João Pessoa: Sal da Terra, 2002.

MARINELA, Fernanda. *Servidores públicos*. 2010. Disponível em: <<http://www.marinela.ma/publicacoes/servidores-publicos>>. Acesso em: 25 set. 2013.

MASCARENHAS, Ângela Cristina Belém. *Desafiando o Leviatã*. Campinas: Alínea, 2000.

DOCTRINA

MERÍSIO, Patrick Maia. *Direito coletivo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. *Relações de trabalho no serviço público*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_Ciclo_Arnaldo_Nogueira.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 151*. Dispõe sobre Convenção Relativa à Proteção do Direito de Organização e aos Processos de Fixação das Condições de Trabalho na Função Pública. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>>. Acesso em: 15 jan. 2015

TOLEDO Jr., Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Siqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*: comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002.

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO ASSÉDIO MORAL: ESTUDO COMPARADO FRANCO-BRASILEIRO

Rosane Gauriau*

O presente estudo tem por objetivo propor uma contribuição ao estudo do assédio moral sob o ângulo do direito comparado franco-brasileiro. Trata-se do resultado de oito anos de reflexão acadêmica que culminou em uma tese em direito comparado defendida em 2016, na Université de Paris 1-Panthéon-Sorbonne¹.

Bullying, mobbing bossing, emotional abuse, acoso moral, maltrato psicológico, *harcèlement psychologique, persécutions au travail...* um exame etimológico nos autoriza a concluir que esses termos não são sinônimos, razão pela qual neste estudo utilizar-se-á o termo assédio moral, no Brasil, e *harcèlement moral*, na França².

O assédio moral aqui tratado circunscreve-se ao direito individual do trabalho francês e brasileiro, no setor privado, segundo a exegese jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e da *Cour de Cassation*³, por tratar-se de jurisdições supremas cuja missão é unificar a jurisprudência trabalhista.

Este estudo⁴ será dividido em três títulos que resumem os principais pontos da tese em questão:

* Doutora em Direito pela Université Paris 1- Sorbonne; membro do Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne; servidora pública.

1 Menção: “Très honorable avec félicitations”.

2 CASSITO, M. G. ; GILIOLI, R.; FINGERHUT, M. A.; KORTUGM-MARGOT, E. *Qu'est-ce que le harcèlement moral*. Organização Mundial da Saúde (OMS), 2004. Disponível em: <http://www.who.int/occupational_health/publications/en/pwh4f.pdf>.

3 Principalmente da *chambre sociale de la Cour de Cassation*, equivalente do Tribunal Superior do Trabalho no Brasil.

4 Não será aqui examinada a organização judiciária francesa, pois foge aos propósitos do presente artigo. Esclareça-se, apenas, que na França existe uma jurisdição administrativa e outra judiciária. A jurisdição abordada neste trabalho é jurisdição judiciária. As principais instâncias judiciárias “trabalhistas” são: o *Conseil de prud'hommes*, primeira instância. A segunda instância é representada pela *Cour d'appel* ou *Tribunal de Grand Instance* e a instância extraordinária pela *Cour de Cassation*, cuja missão é unificar a jurisprudência francesa. A *Cour de Cassation* não é uma terceira instância.

DOCTRINA

– Título 1: *Assédio Moral. Noção e Regime*: trata da noção e do regime jurídico do assédio moral na França e no Brasil;

– Título 2: *Assédio Moral: Inexecução da Obrigação de Proteção da Saúde e da Segurança do Trabalhador*: analisa o assédio moral como consequência da inexecução da obrigação de proteção da saúde e da segurança do trabalhador no Brasil, denominada *obligation de sécurité de résultat* na França; e, finalmente,

– Título 3: *Assédio Moral: Sanções*: consagra as sanções em matéria de assédio moral na França e no Brasil.

GENERALIDADES

Na França, assim como no Brasil, o assédio moral não é um fenômeno novo no mundo do trabalho, porém, sua dimensão se amplifica a partir do fim do século XX, marcado pela globalização, pelo neoliberalismo e por novas formas de gestão e organização do trabalho baseadas na precarização das relações laborais e na deterioração crescente das relações interpessoais no trabalho. Essas modificações demandam do trabalhador⁵ capacidade de adaptação constante, grande eficácia e *performance* irrepreensível, o que se traduz no seu cotidiano em uma série de exigências no mais das vezes impossíveis. Esse modelo de organização de trabalho frequentemente baseado na gestão por estresse e no medo degrada as relações laborais e favorece o surgimento do assédio moral, uma forma de violência no trabalho com sérias repercussões sobre a qualidade de vida no trabalho⁶ e a saúde física e mental do empregado.

Violência no trabalho seria todo comportamento não razoável e voluntário de uma pessoa ou grupo de pessoas contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, ocorrida no ambiente de trabalho (*lato sensu*) e caracterizado por ataques, ameaças ou constrangimentos de ordem física ou psicológica⁷.

Dentre esses comportamentos, cite-se, por exemplo: agressões físicas e verbais, humilhações de superiores hierárquicos para com os subordinados ou entre trabalhadores do mesmo nível hierárquico, a caráter discriminatório (sexista, religioso, político, racial, etc.) ou não, visando coagir, inibir ou constranger uma pessoa ou um grupo de pessoas.

A violência no trabalho afeta a dignidade, a estima e a imagem pessoal, bem como os sentimentos mais íntimos da pessoa humana.

5 “Trabalhador” ou “empregado” designa a pessoa física que presta serviços de forma habitual, subordinada e mediante remuneração. “Empregador” é a pessoa física ou jurídica que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços.

6 A noção de qualidade de vida *lato sensu* engloba a satisfação pessoal, o bem-estar e de felicidade.

7 KHALEF, A. *La violence en milieu de travail est-elle une fatalité?*. Bureau des activités pour les travailleurs – BIT. Disponível em: <<http://www.ilo.org/>>.

DOCTRINA

Embora a violência no trabalho não seja um fenômeno recente, há algum tempo, em razão dos novos métodos de organização do trabalho e exigências do mercado, existe um sentimento comum (principalmente, entre os trabalhadores) de que ela tomou dimensões insuportáveis⁸.

Entre 15% a 20% de trabalhadores franceses se declaram vítimas de violência no trabalho⁹ caracterizada, principalmente, por hostilidade, falta de civilidade, agressividade verbal, pressão crescente por resultados, estresse¹⁰ permanente e/ou latente no ambiente de trabalho; enquanto que no Brasil, segundo um estudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 2002, 39,5% de pessoas entrevistadas afirmam ser vítima de violência, sobretudo verbal, no trabalho¹¹.

DEFINIÇÃO

Segundo a doutora Marie-France Hirigoyen¹², o *assédio moral* seria toda conduta abusiva que se manifesta principalmente por comportamentos, palavras, atos, gestos ou atitudes, escritos ou orais, que possam atentar contra a personalidade, a dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçar o emprego do trabalhador ou degradar seu ambiente de trabalho¹³. Acrescente-se a esta noção a necessidade da repetição, ou seja, o ato e/ou comportamento abusivo se repete na rotina de trabalho do indivíduo degradando seu ambiente de trabalho¹⁴. Trata-se de um processo consciente ou inconsciente de destruição psicológica, constituídos de atos hostis, evidentes ou dissimulados, de um ou vários indivíduos sobre um indivíduo específico, por meio de palavras aparentemente sem importância, alusões, sugestões ou por meio de comunicação indireta ofensiva, humilhante, injuriosa¹⁵.

8 DEJOURS, C. *Souffrance en France: la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Éditions Points, 2014. 225 p. V. *Préface e Postface*.

9 Disponível em: <<http://www.ilo.org/public>>.

10 Na França, o *Accord National Interprofessionnel (ANI)* de 2 julho de 2008 trata do estresse no trabalho. Este ANI define o estresse como um estado que sobrevém quando há um desequilíbrio entre a percepção que uma pessoa tem das obrigações e deveres impostos pelo seu meio ambiente e a percepção que ela tem dos recursos que pode utilizar para enfrentar tais obrigações e deveres. Geralmente, uma pessoa é capaz de administrar a pressão no trabalho a curto termo, mas tem grandes dificuldades para enfrentar uma exposição prolongada e repetida da pressão. O estresse não é uma doença, mas sua exposição prolongada pode reduzir a *performance* do trabalhador e causar-lhe problemas de saúde. Disponível em: <<http://travail-emploi.gouv.fr>>.

11 Disponível em: <http://www.who.int/occupational_health/publications/en/pwh4f.pdf>.

12 Doutora em medicina, psiquiatra e psicoterapeuta.

13 HIRIGOYEN, M.-F. *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Syros, 1998. p. 67.

14 HIRIGOYEN, M.-F. *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Syros, 1998. p. 67.

15 HIRIGOYEN, M.-F. *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Syros, 1998. p. 9.

Essa definição encontra ressonância no direito francês e brasileiro.

Infere-se da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁶ que o assédio moral é uma forma de violência no trabalho que se caracteriza por um conjunto de atos e/ou comportamentos perversos, hostis, indesejáveis, a caráter abusivo, perpetrados por um colega de trabalho ou um superior hierárquico, e cuja repetição viola a dignidade do trabalhador degrada as condições de trabalho, podendo ter efeitos sobre a saúde física e/ou mental do empregado¹⁷. Ademais, o assédio moral reenvia à vítima uma imagem de inutilidade, incompetência, baixa estima, impedindo o sentimento de bem-estar no trabalho. Suas repercussões são sempre desastrosas *vis-à-vis* das condições de trabalho da vítima, de sua saúde física e mental, bem como de sua vida familiar e social.

Ressalte-se que o assédio moral tem custos¹⁸ para o Estado (principalmente para Previdência Social), a saber: tratamentos médicos, hospitalizações, incapacidades (temporárias ou permanentes), aposentadorias precoces, etc. Custos para o empregador: absenteísmo, queda do rendimento profissional do trabalhador, baixa produtividade, *turn over*, deterioração do clima de trabalho, contencioso trabalhista, etc. Custo para o trabalhador que frequentemente se sente inseguro, menosprezado, impotente, com baixa autoestima, medo. Tais sentimentos geram comportamentos de defesa como, por exemplo, a indiferença, a submissão, a intolerância, a frustração e a agressividade que podem provocar a ruptura do *lien social*¹⁹.

Na França e no Brasil, o assédio moral revela a agressividade latente que se afigura mais e mais crescente entre pessoas no mundo do trabalho, num cenário histórico-social marcado pela erosão de valores da vida em sociedade²⁰: “Perdemos os limites morais ou religiosos que constituíam uma forma de código de civilidade e que nos autorizava a dizer ‘isso não se faz!’”²¹. Tudo parece ser natural, banal e tolerável...

16 RR-3755300-19.2007.5.09.0005, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 27.02.2015; RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e RR-526-18.2011.5.04.0010, Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 21.08.2015.

17 RR-48200-97.2006.5.10.0010, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 03.10.2014.

18 Disponível em: <<http://www.ilo.org/public>>.

19 A noção de *lien social*, em sociologia, significa o conjunto de relações, afiliações, pertencimentos que unem os indivíduos ou grupos de indivíduos que fazem parte de um mesmo grupo social e/ou que estabelecem regras sociais entre indivíduos de grupos sociais diferentes. O termo designa o desejo de viver juntos, de “religar” os indivíduos dispersos, de uma coesão profunda na sociedade (PAUGAM, S. *Le lien social*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France [*Que sais-je?*], 2013. p. 128).

20 LE GOFF, J.-P. Que veut dire le harcèlement moral? II. Vers un nouvel imaginaire des rapports sociaux. *Le Débat*, 2/2003, n. 124, p. 99-116. Disponible sur: <<http://www.cairn.info>>.

21 HIRIGOYEN, M.-F. *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Syros, 1998. p. 11.

Como explica Dejours, a violência, o sofrimento, a banalização do mal no trabalho parecem ser “normais”, toleráveis, aceitáveis no atual mundo do trabalho. Sob o pretexto de novas formas de gestão e organização do trabalho exigem-se do trabalhador *performances* sempre superiores em matéria de produtividade, disponibilidade e disciplina. Tais métodos de trabalho favorecem a diminuição da consciência (individual e grupal), do *lien social*, da responsabilidade e da implicação pessoal, o que favoriza a total submissão e abdicação de valores morais e éticos do indivíduo. Não sabemos o que os outros trabalhadores fazem e dependemos uns dos outros no mundo do trabalho. A ausência de comunicação entre os trabalhadores gera o individualismo e a concorrência que destroem toda forma de solidariedade e de justiça social²².

Enfim, cumpre ressaltar que o assédio moral no Brasil tem sua origem em situações de autoritarismo, humilhação, falta de civilidade, violência verbal (e mesmo física), que parecem reproduzir modelos de autoridade cuja origem reporta-se aos tempos da ditadura militar ou mesmo aos tempos da escravidão.

Feitas estas considerações preliminares, passa-se ao estudo do Título 1, dedicado ao estudo da *noção e do regime jurídico* aplicável ao assédio moral, a partir da análise de legislação, doutrina e jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e da *Cour de Cassation* francesa.

TÍTULO 1 – ASSÉDIO MORAL. NOÇÃO E REGIME

Na França, o assédio moral no trabalho no setor privado²³ é disciplinado principalmente pelos artigos L. 1152-1 a L. 1152-6 do Código do Trabalho (Lei nº 2002-73, de 17 de janeiro de 2002²⁴) e pelo artigo 222-33-2 do Código Penal²⁵.

O artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho francês define o assédio moral de maneira indireta ao afirmar que nenhum trabalhador deve tolerar atos e/ou

22 Para C. Dejours, a banalização do mal repousa sobre o sofrimento psíquico no trabalho e o descompasso entre os valores morais do trabalhador e as exigências do mercado. Diante do desemprego, da precarização e de novos métodos de trabalho que estimulam a concorrência entre trabalhadores, estes últimos cometem atos que normalmente desaprovam e que afrontam seus valores morais e éticos. Ao banalizar o mal, a injustiça, o individualismo e o sofrimento no trabalho, as reações de indignação e mobilização coletiva diminuem, assim como o sentimento de justiça e de solidariedade (*Souffrance en France: la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Éditions Points, 2014. 225 p.).

23 No setor público, o assédio moral é previsto no art. 6 (quinquies), Título 1, do Estatuto Geral dos Funcionários Públicos (Lei nº 83.634, de 13 de julho 1983).

24 Todavia, a questão não era estranha ao direito interno francês em razão da *Charte Sociale Européenne de 1996* (integrada ao direito interno francês pelo Decreto nº 2000-110, de 4 de fevereiro de 2000).

25 O art. 222-33-2 do Código Penal sanciona o fato de assediar alguém por meio de propostas ou comportamentos repetidos, que têm por objeto ou efeito uma degradação das condições de trabalho e susceptível de violar seus direitos e sua dignidade, de alterar sua saúde física ou mental ou de prejudicar seu futuro profissional. A infração é punida com dois anos de prisão e € 30.000 de multa.

comportamentos repetidos de assédio moral que tenham por objeto ou por efeito uma degradação das condições de trabalho susceptível de violar seus direitos, sua dignidade, alterar a sua saúde física ou mental ou de comprometer seu futuro profissional (*compromission de l'avenir professionnel*²⁶). Não é necessário que haja, concomitantemente, a degradação de condições de trabalho, a violação da dignidade e da saúde do trabalhador para que seja caracterizado o assédio moral. Todavia, o que é indiscutível, como veremos, é que o assédio moral sempre provoca a degradação das condições de trabalho.

Ressalte-se que o artigo L. 1152-4 do Código do Trabalho francês afirma, ainda, que o empregador deve tomar todas as medidas necessárias à prevenção do assédio moral. Ele deve ser capaz de identificar uma situação de assédio moral, no sentido legal (artigos L. 1152-1 a L. 1152-6 do Código do Trabalho e 222-33-2 do Código Penal) ou convencional (ANI de 26 de março de 2010)²⁷.

Enfim, o trabalhador vítima ou testemunha de assédio moral, bem como os estagiários não podem sofrer nenhum tipo de coação ou represália por terem sido vítimas, testemunhas ou por denunciarem o assédio moral (artigo L. 1152-2 do Código do Trabalho). A ruptura do contrato de trabalho ocorrida em afronta à proteção legal contida no artigo L. 1152-2 do Código do Trabalho é nula (artigo L. 1152-3 do Código do Trabalho).

No Brasil, apesar da relevância do tema, não há texto legal a disciplinar a questão do assédio moral: incumbe a doutrina²⁸ e a jurisprudência do Tribunal

26 Não há no direito francês uma definição legislativa de *compromission de l'avenir professionnel*. É a jurisprudência que, caso a caso, desenha os contornos da noção em questão. Assim, segundo a jurisprudência da *Cour de Cassation* caracterizaria a noção de *compromission de l'avenir professionnel* a perda de uma promoção interna, ou de toda possibilidade de promoção, bem como humilhações públicas capazes de impedir a progressão do empregado (Cass. soc. 24 avr. 2013, n. 11-26.388; Cass. soc. 25 oct. 2011, n. 10-13.957).

27 O *Accord National Interprofessionnel* (ANI) de 26 de março de 2010 trata do assédio e da violência no trabalho. Este ANI afirma que, sem prejuízo da definição legal de assédio moral, o assédio ocorre quando um ou mais trabalhadores são vítimas de abusos, ameaças e/ou humilhações repetidas e deliberadas em circunstâncias relacionadas ao trabalho, seja no local de trabalho, seja em situações associadas ao trabalho. Podem ser autores de assédio e violência no trabalho um ou mais trabalhadores, ou terceiros. O assédio e a violência no trabalho têm como objetivo ou efeito a violação da dignidade do trabalhador, de sua saúde e segurança ou a degradação das condições de trabalho. Enfim, ressalte-se, que os atos e/ou comportamentos constitutivos de assédio moral não são obrigatoriamente deliberados, ou seja, destinados a prejudicar uma pessoa determinada. A intenção de prejudicar uma pessoa (alguém) não é requisito necessário para a caracterização do assédio moral.

28 ARRUDA, K. M. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 35-44; MARTINS, S. P. *Assédio moral no emprego*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8, 15-95; RENCK, B. Assédio moral na relação de emprego. *Revista Eletrônica: Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações*, Porto Alegre, v. 2, n. 31, ago. 2006, p. 35-47.

DOCTRINA

Superior do Trabalho²⁹ preencher a lacuna legislativa e construir a noção e o regime jurídico aplicável ao assédio moral no trabalho.

Infere-se, da exegese da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que o assédio moral é uma forma de violência no trabalho que se caracteriza por um conjunto de atos e/ou comportamentos abusivos, repetidos, que degradam as condições de trabalho, violam sistematicamente a dignidade do trabalhador com possíveis efeitos sobre sua saúde física e/ou mental³⁰.

Assim, *conclui-se que a noção de assédio moral inscrita no artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho francês*³¹ *apresenta semelhança com a noção afirmada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.*

As noções de dignidade, saúde e degradação de condições de trabalho (a exceção da noção de *compromission de l'avenir professionnel*) estão presentes na definição de assédio moral francesa e brasileira, como iremos demonstrar a partir do exame das noções fundamentais (A) e das principais características do assédio moral (B).

A) NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A seguir, iremos examinar as noções fundamentais presentes nas definições de assédio moral francesa e brasileira, a saber: a dignidade (1), a saúde (2) e o meio ambiente do trabalho (ou condições de trabalho³²) (3).

1 – DIGNIDADE

A dignidade é proclamada como valor universal em vários textos internacionais aplicados pela jurisprudência francesa e brasileira. Dentre eles, cite-se: a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948³³, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração da Filadélfia de 1944)³⁴, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966³⁵, a Carta Social

29 RR-3755300-19.2007.5.09.0005, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 27.02.2015; RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.015; e RR-526-18.2011.5.04.0010, Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 21.08.2015.

30 RR-48200-97.2006.5.10.0010, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 03.10.2014.

31 Cf. *supra*.

32 Neste estudo, e na mesma linha da jurisprudência do TST, os termos “meio ambiente do trabalho” e “condições de trabalho” são empregados como termos sinônimos.

33 Cf. Preâmbulo e artigo 1.

34 Cf. artigo II, *a*.

35 Cf. Preâmbulo e artigo 10, 1.

Europeia de 1996³⁶ e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (que integra o Tratado de Lisboa de 2009)³⁷.

Na França, embora a dignidade não seja um princípio inscrito na Constituição, ele foi erigido a princípio pelo *Conseil Constitutionnel* (Decisão 94-343/344, DC de 27 de julho 1994) e consta em diversos textos infraconstitucionais³⁸.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do direito brasileiro inscrito no art. 1º, no Título I, “Dos Princípios Fundamentais”: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III – a dignidade da pessoa humana”³⁹. Consequentemente, toda a interpretação do direito brasileiro, inclusive do direito do trabalho, se faz sob o prisma do princípio da dignidade do ser humano⁴⁰.

Noção metajurídica e indissociável da condição humana⁴¹, a dignidade humana se traduz no direito de todo trabalhador a condições de trabalho em conformidade com as normas de saúde, segurança e higiene no trabalho.

Relativamente ao assédio moral, a dignidade do trabalhador é a noção primeira a ser considerada pelo juiz brasileiro na formação de sua convicção. Isso porque, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁴², *o assédio moral sempre avilta o princípio fundamental da dignidade humana*, inscrito no art. 1º, III, da Constituição do Brasil.

36 Cf. artigo 26.

37 Cf. artigos 1 e 31.

38 Dentre eles, o Código Civil (art. 16), o Código de Deontologia da Polícia Nacional, bem como leis sobre pesquisas biomédicas (Leis de 20 de dezembro de 1988, de 25 de julho de 1994 e de 29 de julho de 1994), o Código de Saúde Pública e a Lei nº 86-1067, de 30 de setembro de 1986, relativa à liberdade de comunicação (*Loi Léotard*).

39 PRATA, M. R. *Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2008. p. 202.

40 ARRUDA, K. M. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 35-44; SÜSSEKIND, A. Os direitos humanos do trabalhador. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 15-27.

41 JÚNIOR, P. H. S. Dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 875, set. 2008, p. 707-728; SÜSSEKIND, A. Os direitos humanos do trabalhador. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 15-27.

42 E-RR-2688-50.2011.5.03.0030, Min. João Oreste Dalazen, DJ 20.03.2015; E-RR- 1525200-90.2008.5.09.0029, Min. Hugo Carlos Scheuermann, DJ 28.11.2014; e E-RR-1198000-97.2006.5.09.0015, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 21.11.2014.

Eis aqui a diferença fundamental entre a noção de assédio moral no Brasil e na França.

Na França, contrariamente ao Brasil, segundo o artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho, *o assédio moral pode atentar contra a dignidade do trabalhador*, mas uma eventual violação precisa ser provada, demonstrada pela vítima.

Ressalte-se que a *Cour de Cassation* não fundamenta suas decisões, em matéria de assédio moral, na violação do princípio da dignidade humana, como o faz o Tribunal Superior do Trabalho; as condenações se baseiam, sobretudo, nos dispositivos do Código do Trabalho mencionados neste estudo.

Em resumo, se na França a violação a dignidade do trabalhador é um dos efeitos possíveis dos atos e/ou comportamentos característicos do assédio moral, no Brasil, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, trata-se de um efeito necessário, pois o assédio moral sempre atenta contra a dignidade do trabalhador.

2 – SAÚDE

Na França⁴³ e no Brasil⁴⁴, a saúde é um direito universal e fundamental da pessoa humana⁴⁵.

A definição de saúde adotada nos dois países se alinha àquela consagrada pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946, segundo a qual a noção de saúde abrange não apenas a saúde física – uma ausência de doença ou enfermidade –, mas também a saúde mental, física e social (um estado de completo bem-estar) e sua interação com o meio ambiente ecológico, a vida profissional, em família, em sociedade e o respeito à dignidade humana.

A saúde (no trabalho) é um direito fundamental protegido pela Constituição brasileira (arts. 6º e 196)⁴⁶ e pelo Preâmbulo da Constituição francesa de 1946 que reconhece o direito fundamental à saúde. No Brasil e na França, o

43 BLATMAN, M.; VERKINDT, P.-Y.; BOURGEOT, S. *L'état de santé du salarié: de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*. Liaisons. 3. ed. 2014. p. 18-45; VERKINDT, P.-Y. *L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail*. JCP S, 2015, 1243.

44 FERREIRA, J. J.; PENIDO, L. O. (Coord.). *Saúde mental no trabalho*. Coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013. p. 20-31; SARLET, I. W. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014, p. 22-35.

45 Cf. artigo 25 da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948.

46 Outros direitos conexos à saúde no trabalho são igualmente previstos pela Carta Magna brasileira, v.g., o direito à higiene e à segurança no trabalho, a prevenção do risco profissional, bem como o direito à proteção do meio ambiente de trabalho (arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225 da Constituição Federal).

trabalhador é titular desse direito e o empregador tem a obrigação de garantir-lhe sua fruição e sua efetividade.

Na França, a noção de saúde no trabalho evoluiu juntamente com o mundo do trabalho. Durante muito tempo reduzida, apenas, à saúde física e à redução dos riscos profissionais – principalmente em caso de acidente de trabalho e doenças profissionais –, a saúde mental passou ao integrar a noção de saúde no trabalho, em razão de novos métodos de organização e gestão do trabalho geradores de novas formas de sofrimento no trabalho, como se pode inferir, principalmente, do Relatório de 2007 da *Cour de Cassation*⁴⁷ que afirma que a noção de saúde compreende não somente a saúde física, mas também a saúde mental e os riscos profissionais e psicossociais⁴⁸.

Foi o legislador francês quem inspirou a jurisprudência como testemunham os artigos L. 4121-1, L. 4612-1, L. 4624-1 e L. 2313-2 do Código do Trabalho. Estes dispositivos referem-se à noção de saúde física e mental do trabalhador e consagram-lhe o direito ao respeito de sua integridade (física e mental), por meio, principalmente, da análise dos riscos psicossociais no trabalho. Saliente-se, por oportuno, que o artigo L. 461-1 do Código da Seguridade Social, modificado em 2015, reconhece que certas doenças psíquicas podem ser reconhecidas como doenças de origem profissional⁴⁹.

Não há atualmente na França uma definição legal de riscos psicossociais. Segundo a doutrina⁵⁰, os riscos psicossociais resultam de um processo complexo por meio do qual o trabalho (*lato sensu*) entra em conflito com o equilíbrio mental do trabalhador, com consequências tanto do ponto de vista psicológico (sentimento de mal estar ou sofrimento no trabalho, falta de civilidade, agressões físicas ou verbais, violência verbal, etc.) quanto do ponto de vista fisiológico (depressão, transtornos musculares, *burn out*, suicídio, etc.).

Enfim, ressalte-se que a jurisprudência francesa⁵¹ reconhece que o assédio moral se caracteriza mesmo em não havendo prova de alteração da saúde física ou mental do trabalhador. Com efeito, a alteração da saúde do trabalhador não é condição indispensável à caracterização do assédio moral,

47 Cass. soc. 10 fev. 2016, n. 14-26.909, n. 14-26.910, n. 14-26.911, n. 14-26.912, n. 14-26.913, n. 14-26.914, publié au Bull. obs. MATHIEU, B. JCP S, 2016, 1111.

48 CASADO, A. *La protection de la santé mentale du salarié: prospective en droit pénal du travail*. Cah. soc. 01 avr. 2016, n. 284, p. 218.

49 Após as modificações da *Loi Rebsamen*. Cf. Lei n° 2015-994, de 17 de agosto de 2015, e Decreto n° 2016-756, de 7 de junho 2016.

50 LEROUGE, L. *Les risques psychosociaux en droit social: approche comparée*. France, Europe, Canada, Japon: Dalloz, 2014. p. 336.

51 Cass. soc. 20 oct. 2011, n. 10-19.291, obs. LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S, 2012, 1071.

é uma das consequências possíveis da degradação das condições de trabalho provocada pelo assédio.

A jurisprudência brasileira alinha-se à jurisprudência francesa, neste ponto⁵².

3 – MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. CONDIÇÕES DE TRABALHO

Sabe-se que noção de saúde no trabalho é indissociável da noção de meio ambiente de trabalho que compreende não somente as condições de trabalho físicas, materiais (o local de trabalho e equipamentos), mas igualmente o respeito às normas de higiene, segurança e saúde no trabalho.

Na França e no Brasil não há uma definição legal de condições de trabalho ou de meio ambiente do trabalho⁵³.

O Tribunal Superior do Trabalho⁵⁴ afirma que o trabalhador tem direito ao respeito das condições de trabalho, bem como ao respeito de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho. Assim o termo condições de trabalho compreende as condições de trabalho físicas⁵⁵ (local de trabalho, instrumentos de trabalho⁵⁶, condições de trabalho dignas e decentes, etc.), ambientais (meio ambiente ecologicamente equilibrado⁵⁷), mas também condições de trabalho psicológicas (a qualidade de vida no trabalho, a valorização do trabalho, o respeito da dignidade⁵⁸ do empregado, da sua honra, imagem, reputação, vida privada⁵⁹, etc.).

Na França, a 8ª alínea do Preâmbulo da Constituição de 1946 menciona o termo condições de trabalho: “Todo trabalhador participa por meio de seus delegados à determinação coletiva de condições de trabalho”. Esta disposição

52 RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e RR-352-37.2012.5.08.0115, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 17.04.2015.

53 Expressão também consagrada pela jurisprudência do TST.

54 RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e AIRR-181100-39.2006.5.19.0060, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 24.04.2015.

55 RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e ARR-24073-53.2014.5.24, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 15.05.2015.

56 RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e AIRR-181100-39.2006.5.19.0060, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 24.04.2015.

57 RR-734-11.2012.5.04.0028, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 25.03.2015; RR-426-13.2014.5.09.0562, Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ 18.09.2015; e RR-10037-31.2014.5.15.0074, Min. Dora Maria da Costa, DJ 04.09.2015.

58 RR-92840-68.2007.5.02.0045, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 23.05.2014.

59 ED-RR-750-48.2011.5.15.0042, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 27.11.2015; e E-ED-RR-10600-54.2011.5.21.0012, Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ 22.11.2013.

deve ser interpretada à luz da 11ª alínea do mesmo Preâmbulo da Constituição de 1946, que garante “a todos a proteção da saúde”, permitindo a conclusão de que o direito a saúde no trabalho é um direito de todo trabalhador que compreende o direito a condições de trabalho respeitadas de normas de higiene (saúde) e segurança no trabalho.

Infere-se, da doutrina e da jurisprudência francesas, que o termo “condições de trabalho” designa o meio ambiente, as condições de trabalho, o espaço físico que circunda um trabalhador na sua empresa⁶⁰. Tal noção abrange as relações de hierarquia e subordinados⁶¹, as condições materiais de trabalho adaptadas ao trabalho e ao trabalhador, as condições de higiene e segurança, o modo de organização do trabalho, sem olvidar a questão do bem-estar físico, mental e da qualidade de vida no trabalho⁶². Aliás, a noção de condições de trabalho compreende também a noção de qualidade de vida no trabalho questão objeto do *Accord National Interprofessionnel* de 19 de junho de 2013⁶³.

O artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho francês assevera que o assédio moral tem por consequência principal a degradação das condições de trabalho. No direito francês, a degradação de condições de trabalho é uma noção que se examina caso a caso: é o juiz quem constata e verifica, diante da prova produzida, se os atos e/ou comportamentos, voluntários ou não, que deram origem ao assédio moral têm por objeto ou efeito criar um meio ambiente de trabalho “hostil”⁶⁴ e humilhante capaz de degradar as condições de trabalho.

Como afirmado anteriormente, a *Cour de Cassation* já teve a oportunidade de afirmar que o assédio moral sempre degrada as condições de trabalho, com possível repercussão sobre direitos do trabalhador, sua saúde física ou psíquica ou sua dignidade⁶⁵.

60 BLATMAN, M.; VERKINDT, P.-Y.; BOURGEOT, S. *L'état de santé du salarié: de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*. Liaisons. 3. ed. 2014. p. 299-375.

61 VERKINDT, P.-Y.; PÉCAUT-RIVOLIER, L.; LOISEAU, G. *Le Guide du CHSCT 2015/16*. Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail. Dalloz, 2015. p. 6.

62 VERKINDT, P.-Y.; PÉCAUT-RIVOLIER, L.; LOISEAU, G. *Le Guide du CHSCT 2015/16*. Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail. Dalloz, 2015. p. 5-6 e p. 249-250.

63 O *Accord National Interprofessionnel* (ANI) de 19 de junho de 2013 tem por objetivo implantar uma política de aperfeiçoamento da qualidade de vida no trabalho e da igualdade profissional. Segundo este ANI, a qualidade de vida no trabalho designa e reagrupa, principalmente, as disposições que tratam da organização do trabalho, permitindo a conciliação de modalidades de aperfeiçoamento (melhoramento) das condições de vida e de trabalho dos empregados, bem como da *performance* coletiva da empresa. Disponível em: <<http://laqvt.fr>>.

64 BLATMAN, M.; VERKINDT, P.-Y.; BOURGEOT, S. *L'état de santé du salarié: de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*. Liaisons. 3. ed. 2014. p. 311-312, 326 e p. 390.

65 Cass. soc. 7 fev. 2012, RJS 4/12, n. 303; CASADO, A. *Précision sur l'articulation entre les notions de discrimination et de harcèlement moral*. Cah. soc. 01 avril 2015, n. 273, p. 196.

DOCTRINA

Conclui-se, pois, que a proteção da saúde do trabalhador não pode ser dissociada da dignidade humana de que é credora toda pessoa em razão de sua condição humana, nem das condições de trabalho que devem respeitar as normas de segurança, medicina e higiene no trabalho.

Definidas as noções de dignidade, saúde e condições de trabalho, podem-se enunciar os pontos de convergência e o ponto de divergência relativamente à noção de assédio moral na França e no Brasil.

Como explicado anteriormente, a noção jurisprudencial de assédio moral consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho apresenta grande semelhança com a noção francesa: as características enunciadas no artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho francês (à exceção da noção de *compromission de l'avenir professionnel*) encontram equivalência na noção brasileira de assédio moral afirmada pela doutrina e pela jurisprudência.

OS PONTOS DE CONVERGÊNCIA

Nos dois países, a degradação do meio ambiente do trabalho, com possíveis repercussões na saúde do trabalhador, é um ponto de convergência na definição de assédio moral.

O PONTO DE DIVERGÊNCIA: VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE

Apesar das semelhanças, há um ponto de divergência fundamental entre a definição francesa e a definição brasileira, qual seja a violação da dignidade do empregado.

No Brasil, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁶, o assédio moral avilta necessariamente a dignidade do empregado, assim como seus direitos personalíssimos (*e.g.*, imagem, honra, vida privada, intimidade, etc.), enquanto que no direito do trabalho francês a afronta à dignidade do trabalhador não é uma condição indispensável a caracterizar o assédio moral; trata-se de uma das possíveis consequências do assédio moral.

No Brasil, a dignidade do trabalhador está no centro da jurisprudência relativa ao assédio moral. Na França, a dignidade ocupa um lugar importante, mas nem a jurisprudência, nem a legislação atribuem à noção de dignidade do trabalhador a mesma importância conferida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

66 RR-48200-97.2006.5.10.0010, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 03.10.2014; e ARR-424-71.2010.5.09.0016, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 26.03.2013.

Esta é a principal diferença a sublinhar entre a definição de assédio moral na França e no Brasil.

B) CARACTERÍSTICAS

Após o exame das noções fundamentais à compreensão do assédio moral, na França e no Brasil, cumpre analisar as suas características principais, a saber: os sujeitos do assédio moral (1), os comportamentos mais frequentes nos dois países (2), a questão da duração do assédio moral (3) e de seu elemento intencional (4).

1 – SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL

Inicialmente, ressalte-se que no direito do trabalho francês, **nenhum trabalhador** deve tolerar atos e/ou comportamentos assediantes ou ser penalizado por ter testemunhado ou por tê-los relatado (art. L. 1152-2 do Código do Trabalho).

O empregador deve tomar todas as medidas necessárias para a prevenção do assédio moral no trabalho (art. L. 1152-4 do Código do Trabalho).

AUTOR

Na França, assim como no Brasil, os trabalhadores de mesmo nível hierárquico, o superior hierárquico ou o seu preposto⁶⁷ podem ser autores do assédio moral.

A jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa acrescenta a esta lista de autores uma *terceira pessoa*, ou seja, uma terceira pessoa externa à empresa⁶⁸, como, por exemplo, clientes, fornecedores de serviços⁶⁹, à condição de que participem da vida profissional do empregado⁷⁰ ou que tenham sobre ele autoridade⁷¹.

67 O assédio moral pode ser horizontal (entre colegas do mesmo nível hierárquico) ou vertical (da parte do empregador, do superior hierárquico), ascendente (entre pessoas de nível hierárquico diferente, v.g., o empregado e seu superior hierárquico) ou descendente (da parte do empregador, do superior hierárquico).

68 Cass. soc. 19 oct. 2011, n. 09-68.272, Bull. civ. V, n. 235, obs. LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S, 2011, 1569.

69 Cass. soc. 1 mars 2011, n. 09-69.616.

70 Cass. crim. 6 déc. 2011, n. 10-82.266, Bull. crim., n. 249, obs. LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S, 2012, 1176.

71 Cass. soc. 19 oct. 2016, n. 14-29.624 et n. 14-29.623, JSL 421, 2016.

VÍTIMA

Em regra geral, na França e no Brasil, a vítima do assédio moral é o trabalhador, mas não seria temerário imaginar que o empregador, seu representante legal ou um superior hierárquico possam ser igualmente vítimas de assédio moral.

Enfim, da leitura do artigo L. 1152-2 do Código do Trabalho francês pode-se inferir que os estagiários ou pessoas em formação na empresa podem ser vítimas ou autores de assédio moral.

2 – COMPORTAMENTOS FREQUENTES

No Brasil e na França, o assédio moral pode se manifestar de diversas formas.

Tratando-se de um estudo de direito comparado, enumeram-se os comportamentos mais frequentes nos dois países.

São comportamentos frequentes a caracterizar o assédio moral, segundo a jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa: as críticas incessantes, sarcasmos, humilhações⁷², injúrias, falta de civilidade, brincadeiras de mau gosto, isolamento, comunicação verbal violenta ou recusa de toda forma de comunicação, insultos⁷³, ameaças, condições de trabalho degradantes (como por exemplo, local de trabalho sem eletricidade e sem aquecimento)⁷⁴, ausência de instrução de trabalho ou instruções de trabalho contraditórias, privação de trabalho ou carga de trabalho excessiva ou abusiva, isolamento, ócio laboral (não fornecer trabalho ao empregado), executar tarefas incompreensíveis ou sem relação com o trabalho a ser executado⁷⁵. Estes comportamentos podem ser formulados contra o trabalhador em público, diante dos clientes ou colegas de trabalho⁷⁶, ou em uma sala reservada. Ou seja, o assédio moral pode se caracterizar por atos e/ou comportamentos públicos ou privados.

Tais comportamentos são igualmente mencionados pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho como constitutivos de assédio moral.

72 Cass. soc. 12 janv. 2012, n. 10-21.543, *Le Lamy santé sécurité au travail*, Tome 1, 2015, p. 545-31.

73 Cass. soc. 26 janv. 2005, n. 02-47.296, Bull. civ. V, n. 153, Cass. crim. 29 janv. 2008, n. 07-80.748.

74 Cass. soc. 31 mars 2010, n. 09-40.739 e n. 09-40.740, Dr. ouv. 2010, 746.

75 Cass. soc. 22 juin 2011, n. 10-30.329. Cass. soc. 10 nov. 2009, n. 07-42.849, Bull. civ. n. 246, obs. LEGER, N., JCP S 2009, act. 602. Cass. soc. 24 juin 2009, n. 07-45.208. Cass. soc. 13 déc. 2011, n. 10-23.260. Cass. soc. 6 avr. 2011, n. 10-11.559.

76 AIRR-44-75.2013.5.23.0041, Min^a Dora Maria da Costa, DJ 21.08.2015.

3 – REPETIÇÃO. DURAÇÃO

O Código do Trabalho francês não fixou uma duração mínima necessária para a constituição do assédio moral. Porém, o artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho afirma que os atos e/ou comportamentos assediantes devem ser repetidos, o que permite presumir que certo lapso de tempo é necessário para caracterizar a repetição e, conseqüentemente, o assédio moral.

Depreende-se da jurisprudência da *Cour de Cassation* que a exigência de repetição é avaliada segundo a sua intensidade e a gravidade do ato e/ou comportamento assediante, considerado isoladamente ou no seu conjunto, sem olvidar o estado de vulnerabilidade da vítima⁷⁷.

Fundada nesta premissa, a *Cour de Cassation* já teve a oportunidade de afirmar que o assédio moral pode ocorrer num lapso de tempo relativamente curto⁷⁸, ou em intervalos próximos de 17 dias⁷⁹ ou um mês⁸⁰; ou ainda que dois atos e/ou comportamentos assediantes repetidos em duas semanas de intervalo, reprovados por meio de duas advertências injustificadas acompanhadas de alusões ofensivas, podem caracterizar um assédio moral⁸¹.

No Brasil, nessa mesma linha, a exigência de repetição do comportamento e/ou atos assediantes é examinada, caso a caso, conforme a sua gravidade, intensidade e impacto social (nas relações de trabalho, família e sociedade) e individual (a afronta aos direitos personalíssimos do trabalhador).

4 – INTENÇÃO DE PREJUDICAR A VÍTIMA

Na França e no Brasil, o assédio moral caracteriza-se independentemente da intenção do seu autor: ou seja, pouco importa se o autor do assédio moral teve ou não a intenção de prejudicar uma vítima em particular ou um grupo de trabalhadores. Basta que fique comprovado que os atos e/ou comportamentos abusivos caracterizam uma forma de assédio moral para um trabalhador determinado ou para um grupo de trabalhadores.

77 Cass. soc. 7 fev. 2012, RJS 4/12, n. 303; CASADO, A. *Précision sur l'articulation entre les notions de discrimination et de harcèlement moral*. Cah. soc. 01 avril 2015, n. 273, p. 196.

78 Cass. soc. 26 mai 2010, n. 08-43.152, Bull. civ. V, n. 111, obs. DECHRISTÉ, C. Dalloz actualité 2010.; LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S 2010, 1330; Cass. soc. 26 mars 2010, n. 08-43.152, obs. TOURNAUX, S. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2010, n. 398.

79 Cass. soc. 6 avr. 2011, n. 09-71.170.

80 Cass. soc. 26 mai 2010, n. 08-43.152, Bull. civ. V, n. 111, obs. DECHRISTÉ, C. Dalloz actualité 2010; LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S 2010, 1330. TOURNAUX, S., Lexbase, Hebdo éd. sociale 2010, n. 398.

81 Cass. soc. 23 sept. 2009, n. 08-44062.

DOCTRINA

Tal assertiva é corroborada pela jurisprudência. Na França, a jurisprudência pacífica da *Cour de Cassation* proclama que, dos termos do artigo L. 1152-1 do Código do Trabalho, conclui-se que o assédio moral se constitui independentemente da intenção do autor⁸². No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência brasileira⁸³.

Na França e no Brasil, principalmente, a partir dos anos 1990-2000, a questão do assédio moral adquire novos contornos em razão das evoluções do mercado de trabalho, da crise econômica, da competitividade exacerbada, do medo do desemprego, da precarização, da flexibilização, que impõem ao trabalhador e ao empregador uma lógica de organização de trabalho perversa, qual seja: a de produzir e vender o mais rápido possível, com o mínimo de trabalhadores e ao menor custo, exigindo-lhes qualidade total e *performance* irrepreensível.

Este quadro justificaria a escolha de novos métodos de gestão e organização do trabalho autoritários, humilhantes, brutais⁸⁴, perversos⁸⁵, fontes de grande injustiça e sofrimento para o trabalhador⁸⁶. Estruturados sobre uma lógica estritamente econômica e triunfalista⁸⁷, tais métodos privilegiam uma espécie de “darwinismo organizacional”, no qual apenas os melhores e mais fortes se adaptam às exigências da empresa⁸⁸.

Na verdade, esses métodos de gestão e organização do trabalho revelam uma nova forma de assédio moral: *o assédio organizacional ou managerial* que se manifesta a partir do próprio modo de organização e gestão do trabalho, como iremos examinar no item seguinte.

82 Cass. soc. 10 nov. 2009, n. 08-41.497, Bull. civ. V, n. 248 et n. 07-45.321, Bull. civ. V, n. 247, obs. GÉA, F., RDT 2010, 39; MAILLARD, S., D. 2009, 2857; RADÉ, C. Lexbase. *La lettre juridique* 2009, n. 375.

83 RR-19448-74.2010.5.04.0000, Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ 22.11.2013; E-ED-RR-277700-48.2007.5.12.0007, Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 26.10.2012; RR-717.532/2000.3, Min. Horácio Senna Pires, DJ 29.06.07; RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e RR-1358-72.2011.5.04.0003, Minª Jane Granzoto Torres da Silva, DJ 10.04.2015.

84 DEJOURS, C. *Souffrance en France: la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Éditions Points, 2014. p. 28.

85 LE GOFF, J.-P. Que veut dire le harcèlement moral? II. Vers un nouvel imaginaire des rapports sociaux. *Le Débat*, 2/2003, n. 124, p. 99-116. Disponível sur: <<http://www.cairn.info>>.

86 DEJOURS, C. *Souffrance en France: la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Éditions Points, 2014. p. 28.

87 DEJOURS, C. *Souffrance en France: la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Éditions Points, 2014. Prefácio e p. 10 a 19.

88 SOBOLL, L. A. P. *Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. p. 22.

C – HIPÓTESE PARTICULAR: ASSÉDIO ORGANIZACIONAL, UMA FORMA DE ASSÉDIO MORAL

Na França e no Brasil, o assédio organizacional ou managerial é uma forma de assédio moral que se fundamenta em métodos de organização e gestão do trabalho agressivos, autoritários, com repercussões na saúde e dignidade do trabalhador, bem como nas suas condições de trabalho.

A *Cour de Cassation* francesa já afirmou que um método de organização do trabalho, de gestão ou *management* pode ser gerador do assédio moral⁸⁹. Assim, o assédio organizacional se caracteriza por atos e/ou comportamentos inscritos em uma “estratégia” de gestão, de organização ou de métodos de trabalho que extrapolem os limites justificáveis (e aceitáveis) do exercício normal do poder de direção do empregador⁹⁰.

Segundo esta jurisprudência⁹¹, podem caracterizar uma forma de assédio moral os métodos de gestão aplicados por um superior hierárquico quando eles se manifestam⁹² para um trabalhador determinado como atos e/ou comportamentos (repetidos) característicos de assédio moral. Tais atos e/ou comportamentos degradam as condições de trabalho e são susceptíveis de violar os direitos e a dignidade ou de alterar a saúde física ou mental ou de comprometer o futuro profissional do trabalhador⁹³.

A jurisprudência da *Cour de Cassation* visa, pois, censurar os métodos de gestão que, mesmo sem a intenção de prejudicar o trabalhador, ou um grupo de trabalhadores, causam-lhe(s) sofrimento no trabalho; ou provocam a degradação de condições de trabalho.

Aparentemente, os juízes da *Cour de Cassation* visam sancionar as organizações de trabalho patogênicas⁹⁴ que degradam as condições humanas,

89 Cass. soc. 10 nov. 2009, n. 07-45.321, Bull. civ. V, n. 247, obs. LALANNE, F. Lexbase Hebdo éd. sociale 2009, n. 374; MAILLARD, S. D. 2009, 2857. Cass. soc. 22 oct. 2014, n. 13-18.862, Bull. civ. V, n. 247, obs. ANTONMATTEI, P.-H. Dr. soc. 2015, p. 85. Cass. soc. 3 fév. 2010, n. 08-44.107, obs. JSL 2010, 273. Cass. soc. 21 mai 2014, n. 13-16.341, obs. DEHARO, G. JCP G 2014, 852.

90 Cass. soc. 22 oct. 2014, n. 13-18.862, Bull. civ. V, n. 247, obs. RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2014, n. 589.

91 Cass. soc. 10 nov. 2009, n. 07-45.321. Cass. soc. 3 fév. 2010, n. 08-44.107.

92 Quando os atos e/ou comportamentos são percebidos, identificados, vivenciados pelo trabalhador como característicos de assédio moral. Repita-se que o trabalhador deve demonstrar por meio de prova ao menos a degradação de suas condições de trabalho.

93 ADAM, P. *La figure juridique du harcèlement moral managérial*. SSL 2011, 1482; RADÉ, C. *Harcèlement*. Méthodes de gestion. Tiers à l’entreprise. Obligation de sécurité de résultat de l’employeur. Dr. soc. 2011, 594.

94 “Organização do trabalho patogênica” é aquela cujos métodos de organização do trabalho podem comprometer o equilíbrio psicossomático do trabalhador e, por consequência, atentar contra a sua saúde física ou mental.

materiais e relacionais de trabalho, e que são propensas a violar os direitos, a dignidade, a saúde física ou mental ou comprometer o futuro profissional do trabalhador.

Como no assédio moral, a jurisprudência francesa não exige que sejam cumulativamente (e concomitantemente) aviltados o direito à saúde, a dignidade do trabalhador e as suas condições de trabalho para a caracterização do assédio organizacional. Tais violações podem ser constatadas de forma cumulativa ou isolada.

No Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho afirma que um método de organização e gestão do trabalho pode caracterizar uma forma de assédio moral organizacional quando, por exemplo, ele privilegia uma lógica de mercado baseada numa “estratégia de gestão focada na melhoria da produtividade e intensificação do engajamento dos trabalhadores, porém assentada em práticas que constroem, humilham e submetem os trabalhadores para além dos limites do poder empregatício”⁹⁵. Em tais hipóteses, a conduta patronal extrapola seu poder diretivo, ofende a dignidade e os direitos da personalidade do trabalhador.

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, caracteriza o assédio organizacional o método de trabalho baseado no estresse e no medo⁹⁶, no rigor excessivo⁹⁷, em objetivos (metas) de venda (ou de trabalho) irrealistas/inatingíveis⁹⁸, que incentiva comparações de desempenho dos trabalhadores (*ranking* de produtividade), bem como o método de trabalho caracterizado por reprovações e críticas constantes, humilhantes; pela violência verbal (acusações, insultos, reprimendas), pela falta de civilidade que manipula e/ou explora as fragilidades físicas e/ou mentais do trabalhador⁹⁹.

Cabe ainda ressaltar que, tanto na França¹⁰⁰ quanto no Brasil¹⁰¹, o assédio organizacional pode revelar uma forma de abuso de poder diretivo do empregador.

Nos dois países, o poder diretivo do empregador não é ilimitado. Consequentemente, não podem ser implementados métodos de organização e gestão

95 RR-701-05.2013.5.09.0656, Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 28.08.2015.

96 RR-830-41.2010.5.03.0087, Min. João Oreste Dalazen, DJ 12.02.2016; e ARR-946-49.2012.5.24.0004, Min^a Dora Maria da Costa, DJ 04.05.2015.

97 RR-12-35.2012.5.09.0093, Min. Cláudio Armando Couce de Menezes, DJ 31.03.2015; e RR-84200-47.2009.5.04.0014, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 28.11.2014.

98 RR-830-41.2010.5.03.0087, Min. João Oreste Dalazen, DJ 12.02.2016; e ARR-346-60.2013.5.09.0020, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 19.06.2015.

99 RR-1448-15.2011.5.09.0012, Min. João Oreste Dalazen, DJ 22.08.2014; e ARR-97300-76.2013.5.17.0011, Min^a Cilene Ferreira Amaro Santos, DJ 14.11.2014.

100 Cass. soc. 5 mars 2008, n. 06-45.888, Bull. civ. V, n. 46.

101 RR-48200-97.2006.5.10.0010, Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ 03.10.2014; e AIRR-92041-60.2008.5.03.0013, Min. Waldir Oliveira da Costa, DJ 26.09.2014.

do trabalho que se revelem constitutivos de assédio moral, ainda que não tenha havido, por parte do empregador, a intenção de provocar qualquer forma de sofrimento aos trabalhadores¹⁰².

A *Cour de Cassation* condena o exercício abusivo do poder diretivo do empregador, principalmente aquele que se manifesta por meio de métodos de organização e gestão do trabalho prejudiciais à saúde e à segurança dos empregados, motivo pelo qual a jurisprudência da *Cour de Cassation*¹⁰³ assevera que o empregador tem a obrigação de avaliar ou fazer avaliar os riscos psíquicos ou físicos susceptíveis de serem gerados e percebidos pelos trabalhadores, em razão de um modo de organização e gestão do trabalho adotado ou que possa vir a ser adotado¹⁰⁴. O empregador deve inscrever o resultado dessa avaliação em um documento¹⁰⁵.

O exame da jurisprudência da *Cour de Cassation* na França e do Tribunal Superior do Trabalho no Brasil autoriza algumas conclusões sobre (1) os sujeitos – o autor e a vítima – do assédio organizacional e sobre (2) seus comportamentos característicos frequentes:

1 – SUJEITOS DO ASSÉDIO ORGANIZACIONAL

AUTOR

Na França e no Brasil¹⁰⁶ podem ser autores do assédio organizacional o trabalhador do mesmo nível hierárquico da vítima ou seu superior hierárquico, o empregador ou seu preposto¹⁰⁷.

102 Como no assédio moral, a intenção de prejudicar o trabalhador não é exigida do autor do assédio organizacional. RR-437-73.2012.5.04.0102, Min^a Maria de Assis Calsing, DJ 20.03.2015; RR-717.532/2000.3, Min. Horácio Senna Pires, DJ 29.06.07; e AIRR-104-55.2012.5.06.0009, Min. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, DJ 06.03.2015.

103 Cass. soc. 28 fév. 2006, n. 05-41.555, Bull. civ., V, 2006, n. 87, p. 78, obs. SARGOS, P. JCP S 2006, 1278; CHEVRIER, E. Dalloz actualité 2006. Cass. soc. 21 juin 2006, n. 05-43.914, Bull. civ. V, n. 223, p. 212, obs. ADAM, P. RDT 2006, 245.

104 DEL SOL, M. *Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit à la santé au travail*. RDSS 2013, 868.

105 Denominado documento único. Previsto no artigo L. 4161-1 do Código do Trabalho, o documento único visa identificar o conjunto de riscos profissionais e psicossociais aos quais estão submetidos habitualmente os empregados durante um período de um ano.

106 Como no assédio moral: v. *supra*.

107 O assédio moral pode ser horizontal (entre colegas do mesmo nível hierárquico) ou vertical (da parte do empregador, do superior hierárquico), ascendente (entre pessoas de nível hierárquico diferente, v.g., o empregado e seu superior hierárquico) ou descendente (da parte do empregador, do superior hierárquico).

DOCTRINA

A jurisprudência da *Cour de Cassation* acrescenta a essa lista o “terceiro estranho a empresa” (*une tierce personne*)¹⁰⁸, como, por exemplo, clientes, fornecedores de serviços ou pessoas externas a empresa¹⁰⁹, a condição de que elas participem da vida profissional do empregado¹¹⁰ ou que tenham sobre ele autoridade¹¹¹.

VÍTIMA

Segundo a *Cour de Cassation*, a vítima do assédio organizacional é sempre uma pessoa determinada¹¹². Na verdade, a *Cour de Cassation* censura o método de organização e gestão do trabalho que embora tendo uma dimensão coletiva (dirigida a todos os trabalhadores) tem comprovadamente¹¹³ consequências individuais para um empregado determinado.

No Brasil, não há tal exigência: a vítima do assédio organizacional tanto pode ser um trabalhador, como uma parte dos trabalhadores ou todos os trabalhadores¹¹⁴.

2 – COMPORTAMENTOS FREQUENTES

Infere-se da jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa¹¹⁵ e do Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁶ que os métodos de gestão e organização do trabalho caracterizados pela humilhação, injúrias e insultos, exposição constrangedora do trabalhador, pressão excessiva por resultados, sobrecarga de trabalho, ob-

108 Cass. soc. 19 oct. 2011, n. 09-68.272, Bull. civ. V, n. 235, obs. LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S 2011, 1569.

109 Cass. soc. 1^{er} mars 2011, n. 09-69.616.

110 Cass. crim. 6 déc. 2011, n. 10-82.266, Bull. crim., n. 249, obs. LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S 2012, 1176.

111 Cass. soc. 19 oct. 2016, n. 14-29.624 et n. 14-29.623, JSL 421, 2016.

112 Cass. soc. 22 oct. 2014, n. 13-18.862, Bull. civ. V, n. 247, obs. ANTONMATTEI, P.-H. Dr. soc. 2015, p. 85; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2014, n. 589.

113 Trata-se de ônus da prova do trabalhador.

114 ARR-54100-19.2012.5.13.0026, Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 25.04.2016; RR-89300-80.2005.5.04.0027, Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ 22.08.2014; RR-1720-55.2011.5.09.0029, Min^a Dora Maria da Costa, DJ 29.04.2016.

115 ICARD, J. *Méthodes de gestion et harcèlement moral*. Cah. soc. 01 déc. 2014, n. 269, p. 685, Cass. soc. 22 oct. 2014, n. 13-18.862, Bull. civ. V, n. 247, obs. ANTONMATTEI, P.-H. Dr. soc. 2015, p. 85; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2014, n. 589.

116 RR-2200-48.2009.5.15.0025, Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJ 17.04.2015; RR-526-18.2011.5.04.0010, Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 21.08.2015; e RR-830-41.2010.5.03.0087, Min. João Oreste Dalazen, DJ 12.02.2016.

jetivos de venda ou de produção (metas) frequentemente inatingíveis¹¹⁷, assim como os métodos de gestão do trabalho baseados no estresse, na injúria ou no medo, no constrangimento, ameaças (de dispensa, de rebaixamento) represálias e críticas constantes, exigências de desempenho e produtividade que extrapolam os limites do que seria tolerável (para qualquer homem normal) revelam uma forma de abuso do poder diretivo do empregador.

Podemos concluir da exegese da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e da *Cour de Cassation* que é tênue a demarcação entre os limites juridicamente aceitáveis e o poder de direção do empregador. Isso porque, muitas vezes, o objetivo do empregador é apenas o de implementar um método de organização e gestão do trabalho eficiente que responda às necessidades de um mercado altamente competitivo. Todavia, os trabalhadores não reagem todos da mesma maneira a pressão e o estresse, o que torna delicada a apreciação do juiz nas hipóteses de assédio organizacional: na verdade, é difícil separar os métodos de organização e gestão do trabalho humilhantes e autoritários dos métodos exigentes e *performances*. É caso a caso que o juiz forma a sua convicção.

Após o estudo preliminar da noção de assédio moral, a partir da definição do Código do Trabalho francês e da interpretação jurisprudencial da *Cour de Cassation* e do Tribunal Superior do Trabalho, cumpre analisar o assédio moral à luz da obrigação de proteção da saúde e da segurança do trabalhador.

Com efeito, o assédio moral revela o descumprimento por parte do empregado de sua obrigação de proteger a saúde e a segurança do trabalhador no meio ambiente do trabalho.

Na França, trata-se de uma obrigação de resultado (*obligation de sécurité de résultat*) enunciada pela doutrina e pela jurisprudência e da *Cour de Cassation* francesa. No Brasil, cuida-se de uma obrigação legal e constitucional que pode ser inferida a partir do estudo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O próximo título dedica-se ao estudo da obrigação de proteção da saúde e segurança do trabalhador e as consequências de seu descumprimento em matéria de assédio moral no trabalho.

TÍTULO 2 – ASSÉDIO MORAL: INEXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO TRABALHADOR

Na França e no Brasil, o assédio moral revela o descumprimento da obrigação de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador.

117 Cass. soc. 27 oct. 2010, n. 09-42488.

Nos dois países, o empregador tem a obrigação de garantir a proteção da saúde e da segurança do trabalhador e de promover um ambiente de trabalho digno. A inexecução dessa obrigação pode ser sancionada civil ou penalmente.

Na França, conforme a jurisprudência da *Cour de Cassation*, a obrigação de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador¹¹⁸ é uma obrigação de resultado (*l'obligation de sécurité de résultat*). O empregador¹¹⁹ é o principal garantidor desta obrigação cujo fundamento legal encontra-se nos artigos L. 4121-1 e ss. do Código do Trabalho¹²⁰. Depreende-se desses dispositivos que o empregador deve tomar as medidas necessárias para proteger a saúde física e mental do trabalhador, garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional¹²¹, bem como garantir-lhe condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança.

No Brasil, assim como na França, o assédio moral traduz o descumprimento da obrigação de proteção da saúde física e mental e da segurança do trabalhador. Todavia, pode-se inferir a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹²² que não se trata de uma obrigação de resultado, mas de uma obrigação constitucional (arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225, § 1º, II, III, IV e V) e legal (arts. 154 a 201 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT).

118 CASADO, A. *La protection de la santé mentale du salarié*: prospective en droit pénal du travail. Cah. soc. 01 avr. 2016, n. 284, p. 218.

119 Cass. soc. 21 juin 2006, n. 05-43.914, Bull. civ. V, n. 223, p. 212, obs. ADAM, P. RDT 2006, 245; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2006, n. 223. Cass. soc. 11 mars 2015, n. 13-18.603, publié au Bull., obs. FLAMENT, L. JCP S, 2015, 1191; HAUTEFORT, M. JSL 2015, 386. Cass. soc. 23 janvier 2013, n. 11-18.855, Bull. V, n. 15. Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n. 14-19.702, publié au Bull., obs. LOISEAU, G. JCP S 2016, 1220; RADÉ, C., Lexbase, Hebdo éd. sociale 2016, n. 659; CORRIGNAN-CARSIN, D. JCP G 2016, act. 683. JCP S 2016, act. 227. BABIN, M. *Harcèlement moral*: l'incidence de la jurisprudence Air France du 25 novembre 2015. Cah. soc. 01 juillet 2016, n. 287, p. 330.

120 A Diretiva nº 89/391/CEE do Conselho de 12 de julho de 1983 relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho (e que define as obrigações das entidades patronais e dos trabalhadores para reduzir os acidentes de trabalho e as doenças profissionais) integrou ao direito interno francês, por meio da Lei nº 91-1414, de 31 de dezembro de 1991, os princípios gerais de prevenção de riscos profissionais inscritos nos artigos L. 4121-1 e seguintes do Código do Trabalho. A Lei nº 91-1414, de 31 de dezembro de 1991, foi modificada pela Lei nº 2002-73, de 17 de janeiro de 2002 (*Loi de modernisation sociale*), e pelo Decreto nº 2004-760, de 28 de julho de 2004, relativo à medicina do trabalho. A referida Lei criou igualmente o documento único no qual o empregador deve transcrever os resultados de avaliação de riscos profissionais.

121 MORVAN, P. *La mode des risques psychosociaux*. Dr. soc. 2013, 965; VERKINDT, P.-Y. *Un nouveau droit des conditions de travail*. Dr. soc. 2008, 634.

122 E-RR-9700-45.2004.5.02.0465, Minª Rosa Maria Weber, DJ 05.08.2011; E-RR-398200-65.2008.5.09.0663, Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 03.08.2012; e E-RR-126900-47.2005.5.17.0004, Min. Hugo Carlos Scheuermann, DJ 05.12.2014.

DOCTRINA

Do exame da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se que tal obrigação incumbe principalmente ao empregador, em razão da teoria do risco da atividade econômica.

Nos dois países, a obrigação de proteção da saúde física e mental e da segurança do trabalhador é assegurada por diversos atores (A), conforme se infere dos textos legais e da jurisprudência (B).

A – ATORES

Na França, além do empregador (1), o empregado (2) e outros atores (3) são garantidores da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da saúde física e mental e da segurança do trabalhador): o Comitê de Higiene, de Segurança e de Condições de Trabalho (*Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail* – CHSCT) (A), o delegado do pessoal (*délégué du personnel*) (B) e o médico do trabalho (C).

No Brasil, a obrigação de proteção da saúde física e mental e da segurança do trabalhador, é garantida, principalmente pelo empregador, sem negligenciar o importante papel do empregado.

1 – EMPREGADOR

Segundo os termos do artigo L. 4121-1 do Código do Trabalho francês, o empregador é o principal garantidor da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteger a saúde e a segurança do trabalhador). Consequentemente, ele deve tomar as medidas necessárias, previstas em lei (artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho), para assegurar a segurança e proteger a saúde física e mental do trabalhador. Dentre elas, citem-se: ações de prevenção de riscos profissionais, de informação e formação profissionais e de organização do trabalho. O empregador deve estar atento a adaptar tais medidas a modificação das circunstâncias e ao aperfeiçoamento das situações existentes.

Saliente-se, ainda, que o artigo L. 1152-4 do Código do Trabalho francês afirma que o empregador deve tomar todas as disposições necessárias a fim de prevenir os atos e/ou comportamentos geradores de assédio moral. Ele deve saber identificar os elementos caracterizadores de uma situação de assédio moral, conforme a lei (artigo L. 1152-1 Código do Trabalho) ou o instrumento coletivo (ANI 26 de março de 2010)¹²³.

123 Cf. Título 1.

DOCTRINA

Ressalte-se, enfim, que a *Cour de Cassation* assevera que o empregador é responsável pelo assédio moral cometido por um ou vários de seus empregados, mesmo se o autor (ou autores) do assédio moral não é titular de poder de direção ou de autoridade hierárquica na empresa. O empregador é igualmente responsável pelo assédio moral cometido por uma pessoa exterior à empresa, que nela intervém por sua conta e risco, a condição de que ela exerça, de fato ou de direito, autoridade sobre os empregados¹²⁴.

2 – EMPREGADO

Na França, conforme as instruções do empregador contidas no regulamento interno da empresa (norma interna da empresa), o empregado é responsável pela sua própria segurança e saúde, na medida de suas possibilidades e de sua formação profissional. O empregado é, também, responsável pela segurança e saúde de todas as pessoas abrangidas pelos seus atos ou omissões no trabalho (artigo L. 4122-1 do Código do Trabalho).

3 – OUTROS ATORES

A) CHSCT – COMITÊ DE HIGIENE, DE SEGURANÇA E DE CONDIÇÕES DE TRABALHO

De acordo com o artigo L. 4612-3 do Código do Trabalho francês, o CHSCT¹²⁵ (*Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail*) pode propor ao empregador ações de prevenção contra assédios moral e sexual e atitude sexista¹²⁶ no trabalho.

Assim, o CHSCT pode, por exemplo, solicitar ao empregador que manifeste expressa e claramente sua vontade de proibir e punir todo ato e/ou comportamento característico de assédio moral, de assédio sexual e/ou de atitude sexista. O CHSCT pode também solicitar ao empregador que informe os trabalhadores sobre seus direitos e deveres nessas hipóteses, bem como

124 Cass. soc. 1^{er} mars 2011, n. 09-69.616. Cass. soc. 19 oct. 2011, n. 09-68.272.

125 O CHSCT (*Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail*) é uma instituição representativa do pessoal presente em todas as empresas privadas que contam, no mínimo, com 50 empregados (e sob certas condições presente também nas empresas públicas). O CHSCT tem por missão contribuir para a proteção da saúde e da segurança do trabalhador, assim como para a melhoria das condições de trabalho.

126 A Lei n° 2015-994, de 17 de agosto de 2015 (*Loi Rebsamen*), inseriu no Código do Trabalho (artigo L. 1142-2-1) a noção de *agissement sexiste*. O dispositivo visa coibir toda atitude, ato, ação, comportamento relacionado ao sexo de uma pessoa, e que pode ter por objeto ou efeito a afronta de sua dignidade ou a constituição de um ambiente de trabalho intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

DOCTRINA

criar meios para administrar potenciais conflitos no trabalho e, principalmente, detectar ou antecipar possíveis de situações geradoras de assédio moral, de assédio sexual e/ou de atitudes, ações ou comportamentos de caráter sexista.

A missão do CHSCT é contribuir, por meios de ações de prevenção, de informação e de formação profissional, para a efetiva proteção da saúde física e mental e da segurança dos trabalhadores no local de trabalho, assim como para a melhoria das condições de trabalho. Ele procede enfim à análise dos riscos profissionais aos quais podem ser expostos, por exemplo, os trabalhadores e as mulheres grávidas¹²⁷.

B) DELEGADO DO PESSOAL

Na França, o delegado do pessoal (*délégué du personnel*)¹²⁸ é um trabalhador eleito pelos trabalhadores da empresa. Trata-se de um representante dos trabalhadores que dispõe de um direito de alerta (*droit d'alerte*)¹²⁹ a ser exercido, principalmente em caso de violação do direito da pessoa, da sua saúde física e mental ou das liberdades individuais exercidas na empresa e que não seriam justificadas nem pela natureza da tarefa profissional a ser realizada, nem proporcional ao objetivo visado¹³⁰. Sempre que uma situação possa representar um risco de assédio moral, o empregador deve ser imediatamente informado.

C) MÉDICO DO TRABALHO

Submetido ao segredo profissional, o médico do trabalho no direito francês é um ator fundamental na luta contra o assédio moral. Sua missão, exclusivamente preventiva, consiste em informar toda e qualquer alteração da saúde do trabalhador em razão do trabalho que realiza¹³¹, assim como identificar

127 V. artigos L. 4612 e ss. do Código do Trabalho.

128 A eleição do delegado do pessoal (*délégué du personnel*) é obrigatória quando uma empresa conta com no mínimo 11 trabalhadores. Uma vez eleito, esse representante dos trabalhadores tem direito a um número de horas remuneradas pelo empregador para exercer sua missão (V. artigos L. 2312-1 e ss. do Código do Trabalho).

129 *Droit d'alerte*: trata-se do direito do trabalhador de cessar de trabalhar quando ele se confrontar com uma situação que ele acredita ser de perigo grave para sua vida ou sua saúde, ou ainda se ele constatar um defeito no sistema de segurança/proteção da empresa. O trabalhador deve informar imediatamente seu empregador sobre todo o risco ou ameaça de perigo a saúde e a segurança no local de trabalho (cf. Lei nº 82-1097, de 23 de dezembro de 1982; e artigo L. 4131-2 e ss. do Código do Trabalho).

130 V. artigo L. 2313-2 do Código do Trabalho.

131 V. artigo L. 4622-3 do Código do Trabalho.

DOCTRINA

e analisar os riscos profissionais de que possa ser vítima¹³². O empregador deve acompanhar, observar as proposições e sugestões do médico do trabalho¹³³.

Dentre outras atribuições, o médico do trabalho deve aconselhar os empregadores, os trabalhadores e os representantes dos trabalhadores sobre as disposições e as medidas necessárias, a fim de evitar ou reduzir os riscos profissionais, bem como as medidas necessárias ao aperfeiçoamento das condições de trabalho, a prevenção do consumo de álcool e drogas no local de trabalho, a prevenção do assédio moral ou sexual e a redução da periculosidade no trabalho¹³⁴.

Enfim, ressalte-se que, segundo a jurisprudência da *Cour de Cassation*¹³⁵, o empregador é o principal garantidor da obrigação de proteção da saúde do trabalhador e da segurança no trabalho: o médico do trabalho tem apenas a obrigação de aconselhar o empregador e os empregados em matéria de saúde no trabalho¹³⁶.

No Brasil, conforme a exegese dos arts. 7º, XXII, 200, VIII, 225, § 1º, II, III, IV e V, da Constituição Federal, arts. 154 a 201 da CLT e Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho (principalmente as NR 1, 6 e 9¹³⁷) o empregador deve tomar todas as medidas necessárias para proteger a saúde do empregado, reduzir o risco profissional e lhe garantir um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado que respeite as normas de saúde, higiene e segurança.

Segundo o art. 158 da CLT, o empregado deve observar as normas de segurança e medicina do trabalho, assim como colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos legais previstos no Capítulo V da CLT (arts. 154 a 201).

Cabe, porém, salientar que embora o médico do trabalho brasileiro não tenha as mesmas atribuições do médico do trabalho francês, podemos inferir a

132 V. artigo R. 4624-1 do Código do Trabalho.

133 Cass. soc. 19 déc. 2007, n. 06-43.918, Bull. civ. V, n. 216 obs. SAVATIER, J. Dr. soc. 2008, 388.

134 V. artigo L. 4622-2 do Código do Trabalho.

135 Cass. soc. 30 juin 2015, n. 13-28.201, Bull. civ. V.

136 ADAM, P. *Le médecin du travail en habit de harceleur*. SSL 2015, 1689.

137 A Norma Regulamentadora 1 estabelece as disposições gerais relativas às normas regulamentadoras (NR), campo de aplicação, regime jurídico e principais atores. A Norma Regulamentadora 6 trata da obrigação de fornecimento gratuito de equipamento de proteção e de segurança. A Norma Regulamentadora 9 versa sobre o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), cujo objetivo é a prevenção da saúde e da integridade dos trabalhadores, em matéria de riscos ambientais.

partir das Normas Regulamentadoras 4¹³⁸ e 7¹³⁹ do Ministério do Trabalho que ele tem um papel muito importante na promoção e na preservação da saúde ocupacional dos trabalhadores, inclusive na prevenção de atos e/ou comportamentos geradores de assédio moral.

Enfim, como sabido, no Brasil, não há representação do pessoal nos moldes do direito francês.

B – TEXTOS E JURISPRUDÊNCIA

Durante anos, a jurisprudência da *Cour de Cassation* francesa afirmou que o empregador, principal garantidor da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e da saúde física e mental do trabalhador) em matéria de assédio moral, deveria preveni-lo por todos os meios¹⁴⁰ e agir imediatamente quando informado de fatos susceptíveis de caracterizar um assédio moral. Por tratar-se de uma obrigação de resultado, o seu descumprimento implicava a condenação sistemática do empregador com fundamento na responsabilidade civil. A ausência de dolo, de culpa de sua parte ou de intenção de prejudicar o empregado não o eximia de sua responsabilidade¹⁴¹.

Em 2015, a jurisprudência da *Cour de Cassation* evoluiu nesse ponto: segundo uma decisão da *Cour de Cassation* publicada em 25 de novembro 2015¹⁴² (denominado *arrêt Air France*), o empregador poderá se exonerar de sua responsabilidade civil e/ou penal, em caso de inexecução ou má execução de sua *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e da saúde física e mental do trabalhador¹⁴³), se demonstrar ter respeitado todas as medidas de prevenção de riscos profissionais (e psicossociais) previstas nos artigos L. 4121-1 et L. 4121-2 do Código do Trabalho¹⁴⁴.

138 A Norma Regulamentadora 7 estabelece as regras relativas ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

139 A Norma Regulamentadora 4 trata dos Serviços Especializados em Segurança e Medicina do Trabalho.

140 GOSELIN, H. *Harcèlement moral, état de santé et obligation de sécurité de résultat*. SSL 2016, 1707.

141 Cass. soc. 21 juin 2006, n. 05-43.914, Bull. civ. V, n. 223, p. 212, obs. ADAM, P. RDT 2006, 245; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2006, n. 223.

142 Cass. soc. 25 nov. 2015, n. 14-24.444, publié au Bull., obs. DE LA BÂTIE, A. D. JSL 2016, 401.

143 BABIN, M. *L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche*. JCP S 2016, 1011; GRATTON, L. *Prévention, imputation, punition: vers une évolution des fonctions de l'obligation de sécurité patronale?* Cah. soc. 01 mai 2016, n. 285, p. 262.

144 ICARD, J. *L'incidence de la jurisprudence Air France dans le contentieux du harcèlement moral*. Cah. soc. 01 avr. 2016, n. 284, p. 214; ICARD, J. *La nature ambiguë de l'obligation de sécurité de l'employeur*. Cah. soc. 1^{er} janv. 2016, n. 281, p. 23.

DOCTRINA

A partir dessa decisão, a *Cour de Cassation* indica que é sob a ótica da prevenção que deve ser apreciado o eventual descumprimento da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e da saúde física e mental do trabalhador).

Enfim, a *Cour de Cassation* afirma que a *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e da saúde física e mental do trabalhador) tem fundamento legal (artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho), sendo, portanto, desnecessária a distinção entre obrigação de meio ou de resultado¹⁴⁵.

Em uma decisão pronunciada em 1º de junho de 2016, a mencionada jurisprudência do *arrêt Air France* foi integralmente transposta ao contencioso do assédio moral. Doravante, assevera a *Cour de Cassation*¹⁴⁶, o empregador pode ser exonerado de toda a responsabilidade em matéria de assédio moral e de segurança e saúde física e mental do trabalhador, se ele demonstrar ter tomado todas as medidas previstas nos artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho. Dentre elas, citem-se:

- medidas de prevenção de informação e de formação profissional dos trabalhadores destinadas a combater o assédio moral;
- implementar uma forma de organização de trabalho apropriada aos trabalhadores com os instrumentos adaptados a tal fim;
- medidas de prevenção de riscos profissionais;
- medidas de avaliação dos métodos de gestão do trabalho;
- medidas de adaptação do trabalho ao homem, em particular no que concerne aos equipamentos de trabalho, à produção e à evolução tecnológicas.

Do estudo dos dispositivos legais mencionados e da jurisprudência citada conclui-se que o empregador deve tomar, desde que informado, todas as medidas necessárias a fim de cessar os atos e/ou comportamentos susceptíveis de constituir um assédio moral¹⁴⁷. Ele deve agir (1) e reagir (2) a fim de evitar que o assédio moral se produza no local de trabalho.

Ação: consiste na prevenção propriamente dita. A prevenção se traduz por meio de ações de sensibilização/consciência acerca da problemática rela-

145 Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n. 14-19.702, publié au Bull., obs. LOISEAU, G. JCP S 2016, 1220.

146 Cass. soc. 25 nov. 2015, n. 14-24.444, publié au Bull., obs. DE LA BÂTIE, A. D. JSL 2016, 401.

147 LOISEAU, G. *L'obligation de sécurité, paradigme d'une sécurité obligée*. Cah. soc. 1^{er} déc. 2013, n. 258, p. 540.

tiva ao assédio moral, principalmente por meio de informação¹⁴⁸ e formação profissional do empregado, do empregador, dos atores¹⁴⁹ e de todas as pessoas que possam estar envolvidas em situações de assédio moral, bem como por meio de ações de prevenção no meio ambiente do trabalho (avaliação das condições de trabalho, da organização do trabalho, etc). Finalmente, deve-se também avaliar, monitorar, supervisionar e prevenir os riscos psicossociais, pois podem ser fonte geradora de assédio moral.

Reação: tendo sido informado – pela vítima ou testemunha do assédio moral – o empregador deve reagir imediatamente, ou seja, ele deve adotar um procedimento metodológico claro, preestabelecido (informado aos trabalhadores), não discricionário e sistemático. Os responsáveis pela investigação do suposto assédio devem apoiar-se nesta metodologia preestabelecida a fim de cessar toda e qualquer situação de assédio moral o mais rápido possível e sancionar o autor(es).

Saliente-se que o empregador só será condenado por assédio moral, nos termos dos artigos L. 1152-1 a L. 1152-6 do Código do Trabalho, se tiver havido ineficácia das medidas de prevenção adotadas e previstas nos artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho. É, pois, do empregador o ônus de provar o cumprimento dos citados artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho.

Resumindo, segundo a *Cour de Cassation*, o empregador é o principal *garant* da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e da saúde física e mental do trabalhador). Ele se **exonera de sua responsabilidade** em matéria de assédio moral quando demonstra ter tomado todas as medidas previstas nos artigos L. 4121-1 e L. 4121-2 do Código do Trabalho a fim de prevenir, evitar ou reduzir a superveniência do assédio moral no trabalho¹⁵⁰.

A atual jurisprudência francesa posiciona a prevenção, e não a simples punição, no centro da luta contra o assédio moral. A prevenção **deve ser a preocupação central** do empregado, do empregador, do juiz e dos demais atores implicados, em matéria de proteção à saúde e à segurança do trabalhador.

No passado, a jurisprudência era muito severa dando azo a injustiças. Isto é, caracterizado o assédio moral, o empregador era automática e sistematicamente condenado por ter descumprido com sua obrigação (de resultado) em matéria de proteção à saúde e à segurança do empregado. Tal condenação

148 A informação pode ocorrer por meio de publicações internas, notas informativas/explicativas, notas de apoio, memorandos, etc.

149 V. *supra*.

150 Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n. 14-19.702, publié au Bull., obs. LOISEAU, G. JCP S 2016, 1220; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2016, n. 659.

DOCTRINA

ocorria independentemente da presteza e da eficiência da reação do empregador, ou das medidas por ele adotadas a fim de cessar os atos e/ou comportamentos assediantes, ou de seus cuidados para oferecer aos trabalhadores um meio ambiente de trabalho saudável, digno e seguro¹⁵¹.

Atualmente, como dito, deve-se considerar os esforços de prevenção do empregador e sua eficácia, preocupação central desta nova jurisprudência da *Cour de Cassation*¹⁵².

No Brasil, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁵³, a obrigação de proteção à saúde e à segurança do empregado se revela, principalmente, por meio dos princípios de precaução¹⁵⁴ e prevenção dos riscos profissionais. Estes princípios impõem ao empregador a obrigação de tomar as medidas necessárias para prevenir e reduzir o risco profissional, garantir a segurança e a saúde do trabalhador em um meio ambiente de trabalho conforme as regras de higiene, segurança e saúde.

O próximo título estudará as sanções a que incorrem o empregador e o trabalhador em caso de assédio moral, a partir da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e da *Cour de Cassation* francesa.

TÍTULO 3 – ASSÉDIO MORAL: SANÇÕES

Conforme explicitado no Título 2, o assédio moral no Brasil¹⁵⁵ e na França¹⁵⁶ revela o descumprimento, por parte do empregador, de sua obrigação de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador. A inexecução dessa obrigação autoriza a reparação pecuniária da vítima, por eventuais danos materiais ou morais, conforme as regras de responsabilidade civil (A) e penal (B).

A – RESPONSABILIDADE CIVIL

No Brasil e na França, a indenização segue o princípio da responsabilidade civil.

151 Cass. soc. 3 fév. 2010, n. 08-40144 et 08-44019. Cass. soc. 23 janv. 2013, n. 11-18855.

152 Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n. 14-19.702, publié au Bull., obs. LOISEAU, G. JCP S 2016, 1220; RADÉ, C. Lexbase, Hebdo éd. sociale 2016, n. 659.

153 E-RR-65300-32.2005.5.15.0052, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 14.03.2014; E-RR-99300-59.2007.5.17.0011, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 04.10.2013; e E-ED-RR-470-43.2010.5.15.0000, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 09.11.2012.

154 Disponível em: <<http://www.un.org>>.

155 E-ED-RR-118800-95.2007.5.04.0004, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 31.08.2012; e E-RR-1198000-97.2006.5.09.0015, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 21.11.2014.

156 Cass. soc. 16 mars 2005, n. 03-40.251, Bull. civ. V, n. 94, p. 81. Cass. soc. 6 juin 2012, n. 10-27.694, Bull. civ. V, n. 169.

Na França, o princípio da reparação integral do prejuízo (ou dano) está inscrita no artigo 1.240 do Código Civil, segundo o qual quem causa um prejuízo (ou dano) a outrem deve reparar-lhe.

A *Cour de Cassation* já afirmou que o trabalhador pode demandar, de modo cumulativo, uma indenização em razão de assédio moral, assim como uma indenização específica em razão do descumprimento da *obligation de sécurité de résultat* (obrigação de proteção da segurança e a saúde física e mental do trabalhador)¹⁵⁷.

No Brasil, a indenização em matéria de assédio moral é assegurada pelos arts. 186, 187 e 927, *caput*, do Código Civil e 5º, X, da Constituição Federal.

O *quantum* indenizatório¹⁵⁸ é de difícil apreciação, mas dois critérios emergem da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁵⁹: trata-se de uma indenização de caráter compensatório (1) e de caráter pedagógico (2):

(1) Uma indenização de caráter compensatório, pois ela visa reparar a violação a direito pessoais, sofrimentos íntimos, físicos ou psíquicos, assim como a dignidade da vítima de assédio moral. Consequentemente, não há valor monetário que possa estimar o “preço da dor”¹⁶⁰. Todavia, a jurisprudência assevera que o montante não pode ser ínfimo ou irrisório, razão pela qual se requer do juiz que a indenização seja proporcional e razoável.

Proporcionalidade e razoabilidade, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), pressupõem o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. A proporcionalidade demanda a verificação entre os meios utilizados e o objetivo alcançado (denominada proporção de meios)¹⁶¹: ou seja, o juiz deve buscar o equilíbrio e a conciliação (ou ponderação) entre as violações aos direitos e

157 Cass. soc. 6 juin 2012, n. 10-27.694, Bull. civ. V, n. 169, obs. DURAND, T. Dr. ouv. 2012, n. 771, p. 657-659; LEBORGNE-INGELAERE, C. JCP S 2012, 1418.

158 Embora na França e no Brasil a indenização por danos morais em hipótese de assédio moral tenha uma função punitiva e pedagógica, a nosso ver, a partir do estudo da jurisprudência do TST e da *Cour de Cassation*, pode-se concluir que a indenização por danos morais no Brasil visa dissuadir a ocorrência de novos atos e/ou comportamentos de assédio moral, a partir da fixação de valores bem mais expressivos do que os fixados pelo juiz francês. Na França, os montantes são modestos (por razões culturais, sociais, econômicas, etc.) e, sobretudo, porque a condenação visa encorajar o dever de prevenção que incumbe, principalmente, do empregador.

159 ARR-385-41.2014.5.09.0014, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 20.11.2015; ARR-56-55.2014.5.23.0041, Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 13.11.2015; e RR-131600-70.2006.5.12.0004, Minª Kátia Magalhães Arruda, DJ 26.11.2010.

160 BELMONTE, Alexandre de Souza Agra. Dosimetria do dano moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013, p. 17-41.

161 ADI 4.467-MC, Minª Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 01.06.2011.

garantias fundamentais¹⁶² e o *quantum* indenizatório fixado. A razoabilidade preconiza que o *quantum* fixado seja razoável (*reasonableness*) e que sejam observados os ideais de justiça e de razão reclamados de qualquer pessoa razoável (do “bom pai de família”)¹⁶³. Enfim, o critério de razoabilidade requer do intérprete uma escolha racional (lógica) e razoável (de bom senso)¹⁶⁴.

(2) Uma indenização a caráter pedagógico cujo objetivo é dissuadir comportamentos geradores de assédio moral e incitar o empregador a impedi-los¹⁶⁵.

B – RESPONSABILIDADE PENAL

Na França, segundo o artigo 222-33-2 do Código Penal, o assédio moral no trabalho é uma infração punida com pena de prisão de dois anos e € 30.000 de multa¹⁶⁶.

No Brasil, o assédio moral no trabalho não é sancionado pelo direito penal.

Enfim, além das sanções civil¹⁶⁷ e penal aplicáveis em caso de assédio moral, frequentemente o trabalhador (francês¹⁶⁸ e brasileiro) decide pela ruptura do contrato de trabalho, em razão da degradação das condições de trabalho que impedem o prosseguimento de seu contrato de trabalho. Nesta hipótese, ele apresenta a sua demissão. Ele pode também requerer a ruptura do contrato de trabalho pelo descumprimento por parte do empregador de suas obrigações contratuais (por exemplo, pelo descumprimento da obrigação de proteção da

162 ADI 4.467-MC, Min^a Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 01.06.2011; ADI-855, Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 27.03.09.

163 ADI 1.511-MC, Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 06.06.03.

164 ADI 4.467-MC, Min^a Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 01.06.2011.

165 RR-41440-28.2008.5.09.0322, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 15.10.2010; RR 1393-34.2010.5.08.0107, Min. João Oreste Dalazen, DJ 13.03.2015; E-ED-RR-792330-81.2001.5.02.5555, Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJ 20.08.2010; e E-ED-RR- 44200-87.2006.5.08.0114, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 21.03.2014.

166 V. Título 1.

167 Entre as sanções civis na França, cumpre indicar a sanção disciplinar. Na França, o artigo L. 1152-5 do Código do Trabalho autoriza o empregador a tomar medidas disciplinares contra o empregado autor de assédio moral. Trata-se de uma faculdade do empregador. Segundo a lei (artigos L. 1332-1 e ss. do Código do Trabalho) e a jurisprudência francesas (Cass. soc. 7 fêv. 2012, n. 10-17.393, Bull. civ. V, n. 56. JCP S 2012, act. 103. JCP S 2012, 1434. D. 2012, 506), se o empregador decide sancionar o empregado, ele deve instaurar um procedimento disciplinar que seguirá regras claras e previamente fixadas no regulamento interno ou nota de serviço da empresa; ele deve provar que os atos e/ou comportamentos praticados pelo empregado “assediador” são constitutivos de assédio moral. No Brasil, não há texto legal que regulamente a sanção disciplinar em caso de assédio moral.

168 Além da demissão na França, outros modos de ruptura do contrato de trabalho são possíveis, dentre eles a *résiliation judiciaire du contrat de travail* e a *rupture conventionnelle*.

DOCTRINA

segurança e da saúde de proteção da saúde física e mental do trabalhador). É o caso da *prise d'acte de la rupture du contrat de travail* na França e da rescisão indireta do contrato de trabalho no Brasil¹⁶⁹.

Ressalte-se, enfim, que, conforme o artigo L. 1152-3 do Código do Trabalho, é nula toda forma de ruptura do contrato de trabalho do trabalhador vítima ou testemunha de assédio moral, bem como dos estagiários (artigo L. 1152-2 do Código do Trabalho).

CONCLUSÃO

Na França e no Brasil, a proteção da saúde e da segurança do trabalhador funda-se na tríade: saúde, dignidade e meio ambiente do trabalho. Estas noções, a exceção da noção de *compromission de l'avenir professionnel*¹⁷⁰, estão presentes nas definições de assédio moral francesa e brasileira.

As definições de assédio moral francesa e brasileira pressupõem a degradação do meio ambiente do trabalho com possíveis repercussões na saúde do trabalhador. Trata-se de um ponto de convergência na análise do assédio moral nos dois países.

O ponto de divergência encontra-se na afronta à dignidade do trabalhador. No Brasil, o assédio moral avilta sistematicamente a dignidade do trabalhador, enquanto que na França esta violação deve ser provada pela vítima.

Todavia, mesmo a noção de dignidade no direito do trabalho e na jurisprudência francesa não tendo a mesma amplitude daquela enunciada pela jurisprudência e direito do trabalho brasileiro, infere-se que a dignidade permeia todo o ordenamento jurídico francês e é, sem dúvida, o elemento-mor a ser considerado pelo juiz em matéria de assédio moral, devido ao respeito incondicional de que é merecer todo trabalhador em razão de sua condição humana¹⁷¹.

Em comum, nos dois países, o assédio moral revela a violação da obrigação de proteção da saúde e de segurança do trabalhador, autorizando, em consequência, a reparação pecuniária. Contrariamente ao Brasil, na França esta obrigação é uma obrigação de resultado (*obligation de sécurité de résultat*).

169 *A prise d'acte de la rupture du contrat de travail* do direito francês apresenta grande semelhança com a rescisão indireta do contrato de trabalho prevista no art. 483 da CLT.

170 Cf. Títulos 1 e 2.

171 SANDKÜHLER, H. J. *La dignité humaine et la transformation des droits moraux en droit positif*. Disponible sur: <<http://www.unesco-phil.uni-bremen.de>>. Consulté le: 11 janv. 2016.

DOCTRINA

Na França e no Brasil, o empregador é o principal *garant* da obrigação de proteção da saúde e de segurança do trabalhador.

Na França, a jurisprudência relativa ao assédio moral e a proteção da saúde do trabalhador tem como objetivo principal incentivar a prevenção. O montante das indenizações¹⁷² fixados e o conteúdo das decisões da *Cour de Cassation* corroboram esta afirmação. Enquanto que, no Brasil, o enfoque primeiro da jurisprudência em matéria de assédio moral parece ser a sanção pedagógico-pecuniária: ou seja, o *quantum* indenizatório deve ser suficientemente importante para impedir a repetição do comportamento reprovável.

Com efeito, o caráter eminentemente punitivo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não me deixa indiferente: desta jurisprudência parece emergir uma forma de *logique foucauldienne*¹⁷³, segundo a qual o assédio moral é visto como uma forma de “sanção normalizadora em uma sociedade disciplinadora”¹⁷⁴ cuja generalização da punição, por meio de mecanismos legais ou judiciais, conduz a uma forma de sanção binária (entre os bons e os maus) e automática (a certeza de ser sempre punido¹⁷⁵).

Será que a punição dissociada da prevenção como meio de evitar o assédio moral no trabalho atinge o objetivo desejado? Creio que a resposta é negativa, pois a jurisprudência brasileira apenas combate os efeitos do assédio moral, a(s) causa(s) permanece(m) ínsita(s) ao método de organização do trabalho.

Eis aqui o que parece-me a principal contribuição da jurisprudência francesa à jurisprudência brasileira em matéria de assédio moral: o incentivo a ações de prevenção em matéria de violência no trabalho, a formação e a in-

172 O valor das indenizações por dano moral na França são menos importantes do que aqueles fixados no Brasil.

173 Relativo à escrita, à formulação, ao raciocínio de Michel Foucault.

174 “A naturalização da humilhação e constrangimento dentro do ambiente de trabalho se deve à longa tradição dessa prática nas sociedades disciplinares – entre as quais se inclui a fábrica –, por meio da sanção normalizadora (Foucault). Essas práticas abusivas foram incorporadas sob novas roupagens na sociedade de controle (Deleuze), que hoje apresentam forte grau de violência psicológica em seus quadros e são apresentadas sob o título de gestão por injúria, gestão por medo e gestão por estresse. Nesse contexto, o assédio moral difuso e fomentado pela empresa surge como mais um instrumento de controle e disciplina da mão de obra” (GOSDAL, T. C.; SOBOLL, L. A.; SCHATZMAM, M., EBERLE, A.D. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. p. 33. In: *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009). Cf. ARAUJO, Adriane Reis de. Assédio moral organizacional. *Rev. TST*, Brasília, v. 73, n. 2, abr./jun. 2007, p. 203-214.

175 “La punition tendra donc à devenir la part la plus cachée du processus (...) elle quitte le domaine de la perception quasi quotidienne, pour entrer dans celui de la conscience abstraite; son efficacité, on la demande à sa fatalité, non à son intensité visible; la certitude d’être puni.” (FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Disponible sur: <<http://monoskop.org/>>)

DOCTRINA

formação profissional dos trabalhadores, a avaliação dos riscos profissionais, físicos e psíquicos, a que estão submetidos os trabalhadores, tendo em vista a organização do trabalho adotada; sem omitir a indispensável reflexão sobre as condições de trabalho, as relações sociais e os fatores ambientais a que estão sujeitos os trabalhadores.

Trata-se talvez de uma proposição pretensiosa, mas meu objetivo é o de convidar o intérprete do direito a uma reflexão sobre a possibilidade de mudança de paradigmas jurisprudenciais a fim de posicionar a prevenção no centro da problemática do assédio moral e poder (talvez!) afirmar, como Victor Hugo, que “ce tout petit changement avait été une révolution”¹⁷⁶, ou, como Foucault¹⁷⁷, “[qu’on] ne plus penser la même chose qu’auparavant”¹⁷⁸!

176 Tradução livre: “Que esta pequena modificação foi uma revolução” (VICTOR HUGO. *Les misérables*).

177 Tradução livre: “Que não podemos mais pensar da mesma maneira que antes”.

178 “Je ne l’écris que parce que je ne sais pas encore exactement quoi penser de cette chose que je voudrais tant penser. (...) Je suis un expérimentateur en ce sens que j’écris pour me changer moi-même et ne plus penser la même chose qu’auparavant.” (FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits* [1954-1988]. Tomme II)

DESAFIOS DO SINDICALISMO: UM OLHAR PARA ALÉM DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Túlio de Oliveira Massoni*

1 – INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século XX ocorreram profundas mudanças no mundo do trabalho, ocasionando uma espécie de desarranjo institucional protetivo diante de novas formas de trabalho que não se amoldam ao sistema protetivo do tradicional direito operário da era fordista, homogêneo, monolítico e de matriz predominantemente estatal.

Serão estudadas as experiências da OIT, de Portugal e da Espanha, em matéria de sindicalização destes “novos trabalhadores” (trabalhadores autônomos economicamente dependentes, parassubordinados, com contratos a prazo, *part-time* e afins) e de outros trabalhadores que, hoje, mesmo sendo parte relevante no mercado de trabalho, estão à margem de qualquer estatuto protetivo consistente e, de certo modo, negligenciados pela ação sindical.

A hipótese teórica da qual partimos é a de que esta nova normatização seja feita pela via da contratação coletiva, instrumento adaptável ao multifacetado mundo do trabalho e compatível com a dinâmica dos novos tempos, o que exige uma redefinição do sindicalismo para os próximos anos. Afinal, sem sindicatos atuantes sequer as leis estatais seriam observadas. Em outros termos, qualquer que seja o caminho da mudança, é imprescindível a participação sindical como ator relevante neste processo, nele interferindo ativamente. As entidades sindicais, assim, devem figurar como atores sociais não apenas de um *script* preestabelecido, mas também, e sobretudo, como escritores de sua própria história. Nesse sentido, o sindicalismo do século XXI terá que se reinventar; e reinventar o próprio direito do trabalho¹.

* *Doutor em Direito do Trabalho pela USP; especialista em Direito Sindical pela Universidade de Modena, Itália; bacharel em Ciências Sociais pela USP; advogado; professor concursado da UNIFESP; professor convidado da Universidade Tor Vergata (Roma II), da FGV-RJ, da Especialização da PUC-SP, da Universidade Mackenzie e de outras; autor do livro “Representatividade Sindical” (LTr, 2007) e de artigos em revistas especializadas.*

1 Não sustentamos que as conclusões aqui destacadas devam ser transpostas sem cautelas para o Brasil. A análise deste processo merece reflexão mais aprofundada e não é ainda o objetivo desta

2 – DO FORDISMO À SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

Nas palavras do historiador Eric Hobsbawm, a “história de qualquer classe não pode ser descrita se a isolarmos de outras classes, dos Estados, instituições e ideias que fornecem sua estrutura, de sua herança histórica e, obviamente, das transformações das economias que requerem o trabalho assalariado industrial e que, portanto, criaram e transformaram as classes que o executam”².

O fenômeno sindical, afirma Gino Giugni, aparece como produto da industrialização, da concentração dos meios de produção e da consequente formação de uma solidariedade de interesses percebidos como comuns, sendo que “o antagonismo de interesses surge assim como o húmus que fertiliza a experiência do sindicato”³.

A respeito da evolução do trabalho independente, esclarece Supiot que a história do século XX é a de um progresso contínuo do trabalho assalariado e do correlativo recuo do número daqueles trabalhadores independentes e que na maior parte dos países esta evolução correspondeu à implantação do modelo fordista e foi estimulada pelo desenvolvimento dos direitos sociais associados à qualidade de assalariado, nomeadamente em matéria de segurança social⁴.

Como desdobramento da fase da Revolução Industrial da primeira metade do século XX há o surgimento da regulamentação laboral e a configuração do Estado intervencionista no campo socioeconômico como consequências das mudanças políticas, sociais e econômicas que redefiniram o seu papel. Trata-se do período de ouro do fordismo, os denominados “30 anos gloriosos”, que vão de 1945 a 1975.

O compromisso fordista, portanto, envolvia uma ligação entre a relação salarial e as relações institucionais entre sindicatos, empresários e Estado. Abrangia sindicatos com um forte poder conflitivo-negocial para barganhar a intensificação do trabalho com acréscimos salariais e, conseqüentemente, aumento dos níveis de consumo. A soma dos elementos salário e emprego permitiu aos sindicatos travarem uma luta reivindicativa.

Como se vê, na empresa tradicional acentuavam-se duas características: uniformização do estatuto dos trabalhadores, os quais laboravam, em regra,

pesquisa. Sobre uma investigação em relação ao ordenamento jurídico italiano veja-se: COLUMBU, Francesca. Flexibilidade, trabalho atípico e representação sindical. Uma comparação entre a Itália e o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 109, 2014.

- 2 HOBSBAWM, Eric J. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária*. Trad. Waldea Barcellos e Sandra Bedran. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 11.
- 3 GIUGNI, Gino. Sindicato (voce per un'enciclopedia). *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Milano, ano 19, n. 74, p. 204, 1997.
- 4 SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 20.

de forma permanente, pessoal e mediante uma rígida subordinação, e a concentração em uma mesma unidade econômica das várias fases do processo produtivo⁵. Durante o período fordista, a homogeneidade do estatuto protetivo tanto do ponto de vista do direito do trabalho quanto do direito da seguridade social contribuía para o estabelecimento, entre os assalariados, de uma comunidade de interesses, cujo representante natural era o sindicalismo de indústria. Esta referência central em torno da qual tenderam a se ordenar as relações de trabalho era alicerçada nos termos de troca fundadores do estatuto salarial – subordinação em troca de segurança⁶.

Nesse sentido, “se é possível falar ‘de um modo social-democrata de produção’ ele se deve muito aos sindicatos, que forçaram a inscrição dos assalariados nas políticas estatais, aproveitando o seu poder de pressão, advindo de condições favoráveis, para incluir na pauta econômica os direitos sociais associados ao pleno emprego”⁷.

A análise do fordismo feita por M. Aglietta partiu da realidade dos EUA, e sua “evolução” a partir dos princípios tayloristas de organização do processo do trabalho. Entende o fordismo como “uma superação do taylorismo, porquanto designa um conjunto de importantes transformações do processo do trabalho intimamente ligadas às condições de existência do trabalho assalariado que originam a formação de uma norma social de consumo e tendem a institucionalizar a luta econômica de classes na negociação coletiva”⁸.

Ao fim de um determinado tempo, todavia, passou a haver uma espécie de “desencaixe” entre os componentes do modelo fordista, que entrou em crise no fim dos anos 1960. Na década de 1970, surge a Escola de Regulação Francesa (Michel Aglietta) com a pretensão de interpretar o capitalismo de maneira dinâmica e de explicar sua crise iniciada nessa década⁹. De acordo com esta

5 BRANDÃO, Jefferson Ramos. Contrato de trabalho na sociedade pós-industrial e a necessidade de revisão dos requisitos da relação de emprego. In: NETO, José Affonso Dallegrave (Org.). *Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 46.

6 SUPLOT, Alain. *Op. cit.*, p. 50.

7 SILVA, Leonardo Mello e. *Trabalho em grupo e sociabilidade privada*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 19.

8 AGLIETTA, Michel. *Regulacion y crisis del capitalismo*. La experiencia de los Estados Unidos. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 1986. p. 93.

9 De acordo com o enfoque regulacionista, todo modelo de desenvolvimento repousa sobre um tripé constituído por: (i) um modelo de organização de trabalho, que engloba não apenas as formas de organização de trabalho dentro das empresas, mas a própria divisão do trabalho entre as empresas, (ii) um regime de acumulação, relativo ao conjunto de leis macroeconômicas e os movimentos articulados entre condições técnicas da produção e seus usos sociais e (iii) um modo de regulação, entendido como um conjunto de mecanismos que ajustam os comportamentos dos indivíduos aos princípios coletivos do regime de acumulação.

DOCTRINA

teoria, o que faz o sucesso de um modelo de desenvolvimento é ele corresponder a um conjunto coerente (um “encaixe”) em um dado momento do capitalismo.

As distorções e as insuficiências do modelo protetivo tradicional são, na perspectiva deste conjunto de teorias regulacionistas, reflexos deste desencaixe do compromisso fordista. Esses termos de troca do compromisso fordista (estatuto salarial/subordinação em troca de segurança protetiva) são hoje postos em causa sem lhe serem definidas alternativas, sendo certo que o direito do trabalho deve ter em conta a reivindicação de flexibilidade, entendida como um desejo de revalorização da liberdade profissional na organização do trabalho, e, simultaneamente, não criar obstáculos à evolução dos métodos de organização do trabalho¹⁰.

Perante a transformação do protótipo do trabalhador, é, portanto, necessário prever progressivamente novas formas institucionais de sua proteção. Afinal, a interpretação que tem prevalecido é a de que a relação salarial não se desestabiliza apenas devido às transformações do capital, mas também devido às transformações do trabalho¹¹.

António Menezes Cordeiro observa que o direito do trabalho tem, fundamentalmente, a ver com o trabalho subordinado. Mas não se confunde com um hipotético conjunto de normas direta ou indiretamente aplicáveis a esse fenómeno. Afirma que se reconhece, hoje, que “o Direito não é insensível às situações fáticas que vá reger, tampouco é fatalmente predeterminado por elas. Enquanto realidade cultural – produto, pois, da criação humana –, o Direito tem uma autonomia relativa que o habilita seja a escolher, para um fim predefinido, algum ou alguns de múltiplos meios disponíveis, seja até, dentro de limites mais ou menos extensos, mas nunca absoluto, a interferir mesmo com os objetos a prosseguir. Resulta daqui que, embora ligado ao trabalho subordinado, *o Direito do Trabalho, não se possa linearmente, definir por ele: ora o ultrapassa, ora fica aquém deste seu objecto inicial*”¹².

Walküre Lopes Ribeiro da Silva, em estudo a respeito da revisão dogmática da subordinação diante do atual mercado de trabalho, observa, a partir do binômio subordinação/proteção, o seguinte: “A partir dos anos 1960 as novas tecnologias geraram novos tipos de trabalhadores, com a crescente participação das mulheres e dos jovens no mercado de trabalho, bem como novas profissões e tipos de contratos. A execução do trabalho, por sua vez, prescinde

10 SUPIOT, Alain. *Op. cit.*, p. 51.

11 *Id.*, *ibid.*, p. 84.

12 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 17-18.

da uniformização e sincronização próprias do taylorismo-fordismo; quanto ao espaço físico, desenvolve-se na empresa mãe, na subcontratada ou mesmo na residência do trabalhador; quanto ao tempo, não há uma jornada de trabalho comum a todos, por força do horário flexível e do trabalho em tempo parcial, além do trabalho em equipe, este último proposto como forma de evitar as tarefas individuais monótonas e repetitivas e o controle dos chefes. Diante dessas transformações, a subordinação provoca distorções: enquanto pequenos empreiteiros são considerados trabalhadores autônomos e não têm a tutela da legislação trabalhista, altos diretores de sociedade podem obter o reconhecimento do *status* de empregado e os direitos a ele inerentes¹³.

Já nos anos 1980, a doutrina italiana criticava o método tipológico utilizado pela jurisprudência, ou seja, a recondução, com base na aproximação, dos casos concretos ao modelo típico binário “autônomo x empregado”, e propunha a reconstrução “pluralista” do modelo, “com a individuação de uma figura ‘forte’ ou mínima mais restrita, ao lado de uma série de figuras menores ou suscetíveis de qualquer maneira de modulação, devido ao ingresso, nas zonas marginais, de outros critérios em composição com aqueles considerados próprios do esquema de base”¹⁴.

No decênio de 1990 e nos primeiros anos de 2000, os elementos emergidos no decênio precedente tenderam a assumir formas mais estáveis: diversificação tipológica da flexibilização, reenvio à contratação coletiva e valorização do papel participativo dos sindicatos. O traço mais marcante a evidenciar é o progressivo crescimento de complexidade e heterogeneidade do sistema¹⁵. Hoje, então, o desafio, sublinhado pelos autores, é superar a dicotomia radical entre “trabalho subordinado hipergarantista”, de um lado, e o “trabalho autônomo sem garantia”, de outro¹⁶.

13 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; GAMA, Paula Werner da. Revisão dogmática da subordinação diante das transformações do mercado de trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 86. p. 98, jul. 2006. Também Cássio Mesquita Barros explicita as distorções que a noção clássica de subordinação pode acarretar no atual mundo do trabalho. Para o autor, a relação de trabalho subordinado “não pode mais ser considerada como medida geral de utilidade das regras do direito do trabalho”, de modo que os trabalhadores autônomos não podem ser excluídos da aplicação dessas regras, pois “talvez esse grupo precise mais de proteção social do que o quadro de dirigentes superiores da empresa”. Portanto, sustenta que “o direito do trabalho, além dos seus limites antigos, deve ser o direito de todos os que trabalham” (O futuro do direito do trabalho. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone [Coord.]. *Novos rumos do direito do trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 2003. p. 17).

14 CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*. Torino: UTET, 1994. p. 20, 22-23, 27. v. 2.

15 TOSI, Paolo; LUNARDON, Fiorella. *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento italiano*. Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 26.

16 *Id.*, *ibid.*, p. 122. Também Nelson Mannrich ressalta que presenciamos o surgimento de um novo modelo de relações de trabalho, que exige a retipificação dos contratos de trabalho “como forma de proteção

Salvo Leonardi explica que o paradigma da subordinação teve forte poder atrativo sobre uma constelação de relações qualificadas como autônomas, especiais, atípicas e parassubordinadas porque o ordenamento jurídico assegurou o máximo de tutela e garantias às relações de trabalho subordinado. Assim, era inevitável que a legislação, a doutrina e a jurisprudência procurassem expandir a esfera do direito do trabalho em um esforço unitário e inclusivo, com fundamento na noção de igualdade material e nos valores da dignidade humana, da coletividade e da cidadania social. Infelizmente, produziu-se uma *hipertrofia aselectiva* do direito do trabalho, em virtude da qual se protegeu demais quem não tinha necessidade e não se protegeu quem de fato precisava: por exemplo, foram tutelados mesmo executivos e diretores de empresa e excluídos da tutela operadores de *call center* e outros “Mac jobs” (empregos precários) do pós-fordismo¹⁷.

É perceptível, como destaca Alain Supiot, que uma das tendências consiste em “alargar o âmbito de aplicação do direito do trabalho”, recorrendo a outros critérios para além da subordinação jurídica, substituindo-o, por exemplo, pelo da “dependência econômica”¹⁸.

Dois desafios, neste ponto, são expostos por Supiot: em primeiro lugar, manter com firmeza o princípio da requalificação do falso trabalho independente em emprego assalariado; em segundo lugar, é preciso dotar o autêntico trabalho independente de um verdadeiro estatuto profissional, que garanta, nomeadamente, a sua proteção social¹⁹.

do mercado existente, bem como meio para regularizar a situação dos trabalhadores subordinados que se encontrem à margem da lei protetora. O processo de retipificação envolve a política relacionada aos contratos de trabalho por prazo determinado e aos contratos de trabalho temporário. Tais modalidades, integrantes dos chamados contratos precários, devem ser reguladas de forma harmônica, no âmbito do estatuto mínimo do trabalhador, de modo a assegurar a seus titulares os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores vinculados aos contratos por prazo indeterminado” (*A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 225).

17 LEONARDI, Salvo. Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma, ano 50, n. 3, p. 506-507, lugl./sett. 1999.

18 SUPIOT, Alain. *Op. cit.*, p. 36. Em outra passagem (p. 32-33), Supiot discorre sobre o alargamento do critério da subordinação jurídica, que “já não resulta apenas da submissão às ordens para a execução do trabalho propriamente dito, mas também da integração do trabalhador numa organização colectiva do trabalho concebida por e para outrem”, tendo se desenvolvido a técnica de “feixe de indícios” na maioria dos países europeus, inferindo a subordinação, então, a partir de tais indícios. Veja-se, nesse sentido, o recente Estatuto dos Trabalhadores Autônomos da Espanha. Em outra passagem, destaca Supiot, cotejando diversos ordenamentos jurídicos europeus, que “até os anos 1980, para proteger os trabalhadores e, ao mesmo tempo, garantir as contribuições para a segurança social, a lei e a jurisprudência adotavam, geravam, um conceito alargado do contrato de trabalho assalariado tornando assim mais difícil a prática do trabalho independente. Actualmente, emerge a preocupação inversa, a de não entrar o desenvolvimento do trabalho realmente independente” (*op. cit.*, p. 23).

19 *Id.*, *ibid.*, p. 25.

Na análise de Otávio Pinto e Silva, profundo estudioso do trabalho parassubordinado, com a qual concordamos, “o grande risco que se apresenta para o direito do trabalho é o de atingir um número cada vez menor de pessoas em virtude do surgimento de novas formas de contratação que ficam à margem de tal disciplina, se ela continuar a ser pensada apenas em vista de um tipo de trabalho permanente, prestado sob subordinação ou dependência e para um só patrão. Sendo assim, é necessária a reelaboração do direito do trabalho de forma tal que se adapte às novas formas de trabalho hoje existentes”²⁰.

3 – CAMINHOS E PARÂMETROS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO ESTATUTO LABORAL: A FLEXIBILIZAÇÃO COMO RERREGULAMENTAÇÃO

Busca-se, pois, um novo ponto de equilíbrio (ou melhor, um novo equilíbrio). O direito do trabalho contemporâneo, então, neste contexto, figura como o Deus Janus, com duas cabeças. Os períodos de prosperidade econômica são mais facilmente acompanhados de garantias sociais, mostrando-se uma face mais conflitual. Diversamente se dá em períodos de crise econômica e de desemprego generalizado nos quais a outra face se revela, na situação em que o direito do trabalho torna-se menos conflitual e mais compromissório, buscando-se a convergência de interesses entre o empresariado e os trabalhadores²¹.

Por óbvio que tais mudanças – qualitativas e quantitativas – no mundo do trabalho não são assimiladas da mesma forma pelos atores sociais, tampouco pelos teóricos e estudiosos. Todo este debate atrai, evidentemente, um pano de fundo de matriz não só econômica, mas também ideológica quanto aos diagnósticos dos males do presente e, por conseguinte, dos correlatos remédios destes.

Há, nesse sentido, correntes que negam a legitimidade de tais alterações no direito do trabalho e de sua flexibilização sustentando a manutenção de todas as garantias sociais e trabalhistas conquistadas até então. Outros, entretanto, reconhecem as mudanças ocorridas e, admitindo-as, pensam em alternativas

20 SILVA, Otávio Pinto e. A função do direito do trabalho no mundo atual. In: CORREA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 151.

21 Nesse sentido, salienta Manuel Carlos Palomeque López que as transformações ocorridas também impactaram as estratégias das organizações sindicais. De um sindicalismo de massas dedicado à contestação dos fundamentos da sociedade capitalista se passou a um sindicalismo cada vez mais implicado com o funcionamento do aparato estatal. Na medida em que o objetivo do emprego se colocou em primeiro plano na preocupação sindical, têm prevalecido, logicamente, as práticas de diálogo e participação (sobre o antagonismo e a reivindicação tradicionais) (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho del trabajo*. Octava edición. Madrid: Colección Ceura. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 104).

para o mundo com que hoje nos deparamos. Ambas têm suas virtudes e seus paradoxos.

Umberto Romagnoli retoma o papel do direito do trabalho do século XX para em seguida questionar sobre seus desafios para o século XXI. De acordo com sua análise, no século XX o direito do trabalho cumpriu um equilíbrio satisfatório²². “(...) Não obstante isso, não é nem sequer o caso de exagerar e fazer-se arrastar pela euforia. *Mesmo reconhecendo que o direito do trabalho do século XX fez o que devia, é preciso honestamente admitir que, depois, aconteceu aquilo que podia.* (...) Dito isto, é preciso honestamente admitir que a cultura do século XX, e não só aquela jurídica, demonstrou todo o seu despreparo para entender o final do século e as antecipações do novo que está por chegar. Naturalmente, o seu evidente mal-estar, diante do tapume de interrogações atrás do qual se esconde o mundo que está tomando o lugar do anterior, não é sem motivos. (...) *O século XX foi o século breve: começou tarde, terminou logo. Aquele do trabalho é o direito do século XX. Ergo, ao direito do trabalho caberá a sorte do seu século*”²³.

De forma mais contundente opina Arion Sayão Romita, com apoio em Gérard Lyon-Caen, que “o direito do trabalho não merece adoração nem fogueira, nem mesmo a terceira via da indiferença. Ele não ‘protege’ o trabalhador nem ‘prejudica’ aquele que dá trabalho a outrem em seu próprio benefício; também não disfarça simples relações de força. Ele é indispensável para a regulação das relações que presidem a vida econômica, ao instituir um equilíbrio (sempre instável) entre as necessidades da empresa (empregadores) e as reivindicações

22 ROMAGNOLI, Umberto. Os juristas do trabalho ante a globalização. In: Tradução Ladislava Posniaki e Massimo Mattiassi. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio (Coord.). *Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. Teses do grupo de Bologna/Seminário Internacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001. p. 26. Prossegue o autor, ponderando que tratou-se de um equilíbrio que “foi possível de ser mantido quando e enquanto todos os indicadores macroeconômicos – do volume de produção à massa de riqueza redistribuída, ao nível ocupacional – puderam convergir na mesma direção para o interior das coordenadas traçadas pela expansão da industrialização e pelas políticas keynesianas da intervenção estatal. Isto significa talvez que ao elogio do trabalho será necessário associar o elogio das suas regras do século XX? Pode ser, e não é o caso de escondê-lo. Ao contrário, na medida que compreende o complexo de medidas compensativas adotadas para corrigir, prevenir, atenuar os efeitos iníquos da economia de mercado com os seus vencedores e os seus vencidos, o Direito do Trabalho do século XX é a resposta à busca de segurança que sobe dos andares baixos do edifício social. Ao mesmo tempo, pois que se propõe evitar expulsões injuriosas ou defenestrações sangrentas dos inquilinos dos andares altos, bloqueando os empurrões que ameaçam destroçar os fundamentos do sistema capitalista, é a técnica insubstituível de estabilização dinâmica dos equilíbrios historicamente possíveis”.

23 ROMAGNOLI, Umberto. *Op. cit.*, p. 25-27.

daqueles que lhes prestam serviços. Um perpétuo debate de ideias em cada época preside à sua interpretação”²⁴.

Discute-se hoje, portanto, a denominada “flexibilidade”, palavra polissêmica, equívoca e com diversos sentidos, todos carregados de ideologias e propostas para a solução dos problemas hoje vivenciados nos mundos do trabalho do mundo todo.

Oscar Ermida Uriarte esclarece que, em termos muito gerais e no âmbito do direito do trabalho, “a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competição da empresa”²⁵. O autor observa que o uso genérico do vocábulo flexibilidade, em sua acepção mais ampla, está eivado de intencionalidade, resultante de uma tomada de posição ideológica: “Opõe-se o termo ‘flexibilidade’ como algo positivo em face das condições supostamente negativas de seu oposto ‘rigidez’, que evocaria qualificativos de tosco, grosseiro, rude, inadaptável. Mas, por outro lado, só as condições positivas do flexível são citadas, omitindo-se as negativas, tais como as que se referem ao inseguro, instável, maleável, complacente, e até servil ou genuflexo”²⁶.

Uriarte apresenta diversas classes de flexibilidade. Uma dessas sistematizações possíveis é aquela feita em função da fonte de direito flexibilizadora, que comporta dois tipos: a flexibilidade *heterônoma*, em geral qualificada como desregulamentação, imposta unilateralmente pelo Estado, que derroga ou diminui direitos ou benefícios trabalhistas; e a flexibilidade *autônoma*, introduzida pela autonomia coletiva, nela intervindo os próprios destinatários da flexibilização, seja por meio de convenção coletiva, pacto social ou acordo padrão, assentada na tese de uma transição da *proteção estatal* para um *garantismo coletivo*. Neste segundo tipo insere-se a “legislação negociada”, bastante comum na Europa, mistura de autonomia e heteronomia na qual a primeira legitima a segunda e fixa os seus limites²⁷.

Maria do Rosário Palma Ramalho avalia as modificações estruturais que perpassam o direito do trabalho e sublinha as suas tendências no último quartel do século XX pondo em evidência aquilo que denomina “flexibilização dos

24 ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 31, n. 116, p. 39, jan./mar. 2005.

25 ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2002. p. 9.

26 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 18.

27 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 11.

regimes laborais”, movimento que em sua interpretação põe em causa a rigidez e o garantismo dos regimes laborais e incide essencialmente em duas áreas: na tipologia dos vínculos laborais, propendendo-se para a sua diversificação (é a *flexibilização externa*), e no regime jurídico do vínculo laboral, tendendo-se para a diminuição de sua rigidez (é a *flexibilização interna*)²⁸.

O que interessa no presente estudo, como logo se vê, é a flexibilização externa, que tem conduzido a uma diversificação dos vínculos laborais, tendência de flexibilização do direito do trabalho ligada aos vínculos laborais atípicos que desde a década de 1980 vêm recebendo tratamento jurídico normativo pela lei ou pela negociação coletiva de trabalho, ao lado do contrato de trabalho comum tradicional. Segundo Palma Ramalho, conquanto existam críticas a tais formas atípicas de trabalho no sentido de constituírem um excesso de permissividade neste campo, o seu incremento, em geral, tem sido visto de maneira positiva pelas soluções que podem propiciar ao problema do desemprego e mesmo do ponto de vista da gestão dos recursos humanos nas empresas²⁹.

Na opinião da autora: “Evidentemente, à medida que se vai consumando a recepção e a regulação jurídica destas formas de contratação laboral, elas deixam de poder ser consideradas como vínculos laborais atípicos, no sentido técnico do termo, para assumir as vestes de contrato de trabalho especiais ou com especificidades regimentais”³⁰.

Existe ainda utilidade nesta classificação dicotômica dos vínculos laborais, sendo certo que a progressiva regulação jurídica dos “vínculos atípicos”, para a autora, torna ainda mais nítidas as fronteiras dicotômicas existentes no direito do trabalho moderno: “Entre os trabalhadores típicos, que gozam da tutela laboral mais ampla, e os trabalhadores atípicos, relativamente aos quais essa tutela é, por uma ou por outra via, aligeirada”³¹.

No já mencionado estudo coordenado por Alain Supiot, o grupo defende a ideia de que é oportuno alargar, em determinadas circunstâncias, o campo de aplicação do direito do trabalho, nele incluindo outros tipos de contrato de trabalho ou de relações profissionais, numa perspectiva de adaptação e de produção de um “direito comum do trabalho” que contemple a diversidade das situações de trabalho, sem, ainda, dissociar tais questões daquelas ligadas

28 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 63-65. v. 1.

29 *Id.*, *ibid.*, p. 63-65.

30 *Id.*, *ibid.*, p. 66.

31 *Id.*, *ibid.*, p. 67.

à segurança social, entendidas como duas faces indissociáveis do estatuto profissional hoje em debate³².

Finalize-se com as conclusões de Supiot no sentido de que convém evitar a existência de uma clivagem entre os assalariados bem protegidos por um contrato de trabalho e outras modalidades de contrato que lhes confere uma proteção inferior: “Uma das funções históricas fundamentais do direito do trabalho tem sido a de assegurar as condições da coesão social. Esta função só poderá continuar a ser exercida na medida em que o direito do trabalho acompanha a evolução das formas de organização do trabalho na sociedade contemporânea, não ficando fechado sobre aquelas que lhe deram origem e que hoje se revelam menos tradicionais”³³.

4 – O “GARANTISMO COLETIVO”³⁴: A REDESCOBERTA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A proposta de se rediscutir o estatuto do trabalho e as novas configurações de dependência/subordinação é interessante, mas certamente é difícil de ser normatizada nesse novo cenário do mundo do trabalho. Sem prejuízo de a lei garantir direitos protetivos mínimos, o recurso à negociação coletiva e à concertação social sugere novos padrões de interação entre lei e negociação coletiva de trabalho, transitando-se de uma heteronomia estatal para um garantismo negociado. Ganha maior peso, então, a norma negociada, fundada na autonomia privada coletiva, espaço onde o “plural” e o diversificado possam ser melhor articulados.

A aposta na negociação coletiva de trabalho para definir e “modular” novos estatutos protetivos, compatíveis com as exigências contemporâneas, por óbvio, demanda um sindicalismo representativo e atuante, capaz de ler e capitalizar essas novas demandas.

A pergunta que se deve fazer, então, diz respeito à via de se efetuarem tais adaptações e especializações. Duas alternativas se mostrariam possíveis: a primeira é a legislação estatal e a segunda seria a negociação coletiva de trabalho.

Parece-nos que a lei estatal, por definição geral e abstrata, não seja apta para estas finalidades, até mesmo pela morosidade no que se refere ao seu processo de elaboração e, ainda, pelo distanciamento institucional entre o parlamento e os trabalhadores, destinatários últimos da norma jurídica trabalhista.

32 SUPIOT, Alain. *Op. cit.*, p. 48.

33 *Id.*, *ibid.*, p. 48.

34 A expressão “garantismo coletivo” é de Oscar Ermida Uriarte, na obra *A Flexibilidade*.

DOCTRINA

Mais compatível com os imperativos de uma modulação dinâmica é a negociação coletiva, pois seria vão submeter todas as formas de relação de trabalho ao regime jurídico geral do trabalho subordinado tradicional, até porque isto seria desde logo contraditório com o próprio fato desse modelo, no seu campo de aplicação, atribuir uma relevância enorme à negociação coletiva, que diversifica infinitamente as regras aplicáveis ao contrato de trabalho³⁵.

Uma das alternativas em debate na Europa é a de que, para os “trabalhadores atípicos”, o legislador deveria fixar parâmetros mínimos, reservando-se à negociação coletiva o papel de acomodar aqueles princípios à realidade de cada setor da economia, com o que passaríamos por uma revisão do sistema legislado do tipo estatutário para em seu lugar implantar o sistema negociado do tipo autônomo.

Na avaliação de Alain Supiot, a negociação coletiva constitui a instituição mais dinâmica e o “instrumento apropriado para a assimilação e a adaptação permanente às mudanças, em face da heterogeneidade das formas de organização do trabalho, à participação de diferentes protagonistas e ao progressivo inter-relacionamento dos problemas (entre sistemas de ensino, formação e qualificação profissional, entre tempo de trabalho e tempo de vida social, ou entre o ambiente e os problemas de saúde e segurança no trabalho, para citar apenas alguns exemplos). De resto, há sinais de que, no âmbito dos processos de transformação, o peso dos acordos se revela decisivo perante as contradições sociais. A negociação colectiva surge como um precioso instrumento para alcançar a adaptabilidade, para inspirar confiança em face da incerteza e para dar aplicação ao princípio da igualdade de oportunidades, integrando a dimensão do gênero”³⁶.

Não obstante, observa Otávio Pinto e Silva, com esteio nas advertências de Salvatore Hernandez, que as formas de coalização e de tutela de interesses, para esse tipo de trabalhador, estão mais próximas do socorro mútuo que propriamente da atividade sindical, sublinhando a escassa viabilidade prática da greve como poder de pressão dos parassubordinados, dificultando uma contratação coletiva eficaz. No mesmo sentido, registra a opinião de Antonio Vallebona, ao se referir à atual “modéstia” do fenômeno sindical no campo do trabalho parassubordinado³⁷.

Verifica-se então uma necessidade do recurso à negociação coletiva, que emerge na atualidade como uma passagem obrigatória na elaboração do

35 SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit social*, Paris, p. 145, 2000.

36 SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, cit., p. 148-149.

37 SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 134.

direito, atraindo mudanças inclusive nas suas relações e interações com a lei. A expansão da negociação coletiva de trabalho se dá em dois sentidos: em primeiro lugar, “estende os seus domínios para além do direito do trabalho assalariado, voltando-se também para os trabalhadores que, sendo juridicamente independentes, são economicamente dependentes de um cliente”. Em segundo lugar, alarga-se a novas funções e temas, “ultrapassando a mera distribuição dos ganhos de produtividade correspondentes aos aumentos na produção e a simples fixação das condições de trabalho”³⁸.

As relações entre a lei e a negociação coletiva tornaram-se, por conseguinte, mais complexas e heterogêneas. Estas relações dependem dos papéis respectivos que os vários sistemas jurídicos nacionais atribuem aos Estados e à lei, por um lado, e aos parceiros sociais e à negociação coletiva por outro.

Entretanto, como sublinha Uriarte, “nem tudo são flores. A flexibilidade por meio da negociação coletiva tem também desvantagens e dificuldades”. O autor chama atenção para dois riscos: a utilização desta proposta de substituir a tutela legal por um garantismo coletivo em um momento de enfraquecimento sindical, e a acentuação da segmentação da mão de obra, que será maior quanto mais descentralizado for o nível de negociação, já que setores agrupados em sindicatos fortes estariam em condições de preservar benefícios ou negociar boas condições, enquanto setores com sindicalização mais fraca poderiam cair numa flexibilização incondicional³⁹.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Como observa Uriarte, para que a transição do garantismo estatal para o garantismo coletivo transcorra com maior segurança, é indispensável uma legislação que “promova, sustente, e apoie a sindicalização e a ação coletiva, para que esta se fortaleça e esteja em condições de negociar e coadministrar equitativamente a disponibilidade das normas legais”. Diante, então, das limitações apontadas, surgem “formas mistas de flexibilidade”, especialmente a legislação negociada⁴⁰.

5 – OS DESAFIOS DO SINDICALISMO NO SÉCULO XXI: EM BUSCA DE NOVAS SOLIDARIEDADES

A aposta na negociação coletiva de trabalho para definir e modular os novos estatutos protetivos, compatíveis com as exigências contemporâneas,

38 SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*, cit., p. 150.

39 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 34-35.

40 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op. cit.*, p. 36. A esta modalidade mista de flexibilidade o autor denominou “teoria da flexibilidade negociada” ou, ainda, da “disponibilidade coletiva da lei trabalhista”.

por óbvio, demanda um sindicalismo representativo e atuante, capaz de ler e capitalizar essas novas demandas. E de que desafios estamos tratando? Como engendrar novas solidariedades? Qual o sentido da proposta de reinvenção do sindicalismo?

O modelo fordista de produção condicionava uma relação de emprego estável na qual o trabalhador, após um tempo de formação profissional relativamente curto, ocupava de modo duradouro o mesmo emprego ou o mesmo tipo de emprego na mesma empresa ou, pelo menos, no mesmo setor profissional. Da homogeneidade dessa condição derivava uma comunhão de interesses cujo representante natural era o sindicato do ramo ou setor. Atualmente, “a uniformização dá lugar à pulverização de estatutos dos trabalhadores ocupados numa mesma empresa, a estabilidade é substituída pela instabilidade de grande parte da mão de obra, (...) inicia-se, ao mesmo tempo, um movimento de exteriorização de fases do processo produtivo que a empresa anteriormente fizera recolher ao seu interior”⁴¹.

Como se nota, a base humana e social dos sindicatos tradicionais – trabalhadores assalariados do sexo masculino, com um contrato de trabalho típico de duração indefinida e de plena dedicação – se fragmentou e se diversificou, dificultando a comunhão de interesses defendida pelos sindicatos. A diversificação crescente dos trabalhadores e de seus interesses, a instabilidade e a descontinuidade das trajetórias profissionais trouxeram complicadores para a função de representação⁴².

De acordo com Nadya Araújo Castro, no momento em que as estratégias gerenciais promovem uma nova institucionalidade no mundo fabril, que passa a se fundar no apelo ao indivíduo trabalhador, a operação do sindicato é desafiada pelo novo contexto político e cultural da empresa, o qual desestabiliza a velha estratégia discursiva do sindicato, de apelo ao “trabalhador-massa” para uma matriz discursiva do tipo “sujeito trabalhador”⁴³.

De acordo com Walküre Lopes Ribeiro da Silva, parece ser possível afirmar que “o sindicato encontra-se pressionado de um lado pelo individualismo e de outro lado pelo surgimento de trabalhadores que escapam à proteção da lei e da convenção coletiva de trabalho. Se não encontrar uma forma de en-

41 LEITE, Jorge. Direito do trabalho na crise. In: *Temas de direito do trabalho – direito do trabalho na crise, poder empresarial, greves atípicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 28.

42 Conforme SUPLOT, Alain. *Op. cit.*, p. 45.

43 CASTRO, Nadya Araújo. Reestruturação produtiva e relações industriais. Desafios e interpretações à luz do debate norte-americano atual. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Brasília, ano 11, n. 31, p. 118, jun. 1996.

frentar esses problemas, o sindicato terminará, nas palavras um tanto cáusticas de Umberto Romagnoli, ‘fechado na reserva indígena habitada apenas pelos trabalhadores protegidos, (...) como chefe de tribo vencido’. E para evitar esse confinamento, sugere a autora, que o sindicato deve alargar sua base de representação, o que só será possível se conseguir a filiação das mulheres, dos jovens e dos trabalhadores precarizados e atípicos⁷⁴⁴.

Georges Spyropoulos procura analisar a evolução do sindicalismo com base no modelo de representação dos trabalhadores adotado em cada época. Tal análise objetiva ressaltar a dinâmica das mudanças da atuação sindical ao longo da história bem como os critérios que permitem explicar a diversificação das estratégias adotadas pelos sindicatos e demais instituições do trabalho. Com efeito, sem serem meras testemunhas passivas das mutações externas, os sindicatos podem, sob certas condições, influir sobre a evolução das transformações institucionais, tanto em nível local, regional e nacional, como em nível transnacional e internacional⁴⁵.

Sustenta Richard Hyman que “para os sindicatos virem a reafirmar a sua relevância como representantes do mundo do trabalho e como atores a nível europeu, tem de haver uma mudança radical na importância atribuída ao próprio trabalho. Ao mesmo tempo em que envolvem no processo de integração europeia, têm de se tornar muito mais categóricos e vigorosos na sua oposição ao avanço desumanizante das forças de mercado. Por contraste com o diálogo social tal como é atualmente entendido, é necessário que haja um diálogo social *interno* para acordar em perspectivas comuns para o trabalho à escala europeia, para construir alianças com as ONGs apropriadas e para criar recursos e mesmo armas para fazer com que suas opiniões sejam efetivamente ouvidas. (...) Os acadêmicos que partilham essas preocupações têm o dever de ajudar nesta luta, que deveria estar no centro de um conflito de perspectivas sobre o significado e o futuro da Europa. Até agora, os estudiosos limitaram-se a interpretar o mundo das relações laborais de diferentes maneiras, mas a questão é reinventá-lo⁷⁴⁶.”

Está aberta uma nova agenda de pesquisa quanto a novas subjetividades, a novas articulações, a novas solidariedades e a uma nova ação sindical, que se

44 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*. 2001. f. 53. Tese (Titular de Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

45 SPYROPOULOS, Georges. *Sindicalismo y sociedad*. Problemas actuales del sindicalismo en el mundo. Buenos Aires: Humanitas, p. 95.

46 HYMAN, Richard. Europeização ou erosão das relações laborais. In: ESTANQUE, Elisio et al. (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005. p. 40.

manifesta na superação das normas tradicionais no mundo da vida e formam expectativas normativas para um novo mundo do trabalho.

Na opinião de Werner Markert, o objetivo central dos sindicatos é “identificação e definição dos interesses coletivos que as novas condições trabalhistas e sociais trazem para os trabalhadores, para poder superar a segmentação contínua entre ‘ganhadores’ e demitidos deste processo. Ora, temos que considerar que a articulação de interesses comuns entre grupos sempre mais diferenciados de força de trabalho coletiva, a qual não está mais submetida ao comando centralista autoritário da fábrica-taylorista, mostra-se sempre mais difícil pois os empregados recebem, frequentemente, ofertas trabalhistas que correspondem a seus estilos de vida social. Uma política ofensiva de trabalho de sindicatos não pode negar estes interesses individuais, nem procurar a salvação na redefinição de uma política de classe da época do fordismo”⁴⁷.

Com base em Michael Schumann, Werner Markert aposta de forma otimista em uma nova consciência do trabalhador, capaz de articular seu interesse no trabalho, com indivíduo que procura estabelecer uma relação *humana* entre condições no trabalho e sua vida social⁴⁸.

O grande desafio do sindicato nesse início do século XXI, na qualidade de porta-voz dos trabalhadores, é encontrar o ponto de equilíbrio (que é sempre instável e dependente de lutas) entre as aspirações individuais e as necessidades gerais de toda a coletividade. Em outras palavras, é preciso encontrar e afirmar novos tipos de solidariedade e de identidades, distintas daquelas desenvolvidas em períodos anteriores e que sejam capazes de tomar individualismo e coletivismo não como princípios antagônicos entre si.

6 – SINDICATOS E OS “NOVOS TRABALHADORES”

6.1 – Organização Internacional do Trabalho – OIT

Os sindicatos devem ter o direito, mediante negociações coletivas, ou por outros meios lícitos de ação coletiva, de melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles a quem representam, enquanto que as autoridades públicas devem se abster de dificultar esse direito ou impedir seu legítimo exercício. Tal intervenção violaria o princípio de que as organizações de trabalhadores

47 MARKERT, Werner. Trabalho e consciência: mudanças na sociedade do trabalho e a reconstrução da teoria de classe. *Tempo Social: Revista Sociologia USP*, v. 14, n. 2, p. 30-31, out. 2002.

48 *Id.*, *ibid.*, p. 33.

DOCTRINA

devem ter o direito de organizar suas atividades, formular seu programa de ação e desenvolver a livre-negociação coletiva⁴⁹.

De conformidade com o art. 2º da Convenção nº 87 da OIT: “*Trabalhadores e empregadores, sem nenhuma distinção e sem prévia autorização, têm o direito de constituir as organizações que julgarem convenientes, assim como de a elas se filiarem, sob a única condição de observar seus estatutos*”.

Também o art. 3º da referida Convenção assegura às organizações sindicais, seja de trabalhadores, seja de empregadores, a liberdade de elaborar seus estatutos e de “organizar sua administração e suas atividades e de *formular seu programa de ação*”.

O princípio geral da negociação coletiva de trabalho é destacado pelo Comitê de Liberdade Sindical como um elemento essencial da liberdade sindical. Nesse sentido, revelam-se indesejáveis legislações que proibam ou dificultem a ação sindical de trabalhadores não regidos pela tradicional relação de emprego subordinada e com contrato de trabalho por prazo indeterminado. Tais restrições afrontam o princípio geral de liberdade sindical, além de serem anacrônicas e deslocadas do novo mundo do trabalho do século XXI.

Nesse sentido, merecem destaque os seguintes Verbetes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, os quais devem inspirar, por evidente, as legislações nacionais (que devem promover, e não obstaculizar) para a reinvenção de um novo sindicalismo apto a interferir, por seu turno, nos caminhos e descaminhos do direito do trabalho contemporâneo:

“Por força do princípio de liberdade sindical, todos os trabalhadores – com a única exceção dos membros das forças armadas e da polícia – devem ter o direito de estabelecer e de se filiarem às organizações de sua própria escolha. O critério para determinar as pessoas cobertas por esse direito, portanto, não se baseia na existência de uma relação de emprego, a qual frequentemente não existe, por exemplo, no caso, dos trabalhadores rurais, trabalhadores autônomos em geral ou aqueles que praticam profissões liberais, os quais, todavia, devem gozar do direito de associação.” (Verbete nº 254)

“Todos os trabalhadores, sem qualquer distinção, estejam eles empregados por tempo indeterminado, por tempo determinado ou de forma

49 VON POTOBKY, Geraldo W.; BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G. *La Organización Internacional del Trabajo*. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 307.

DOCTRINA

autônoma, devem ter o direito de criar e de se filiar às organizações de sua própria escolha.” (Verbete nº 255)

“Trabalhadores submetidos a um período de experiência devem ser capazes de estabelecer e de se filiar às organizações de sua própria escolha, se assim desejarem.” (Verbete nº 256)

“A negação do direito de associação aos trabalhadores em período de experiência pode suscitar problemas no que diz respeito à aplicação da Convenção nº 87.” (Verbete nº 257)

“Pessoas contratadas em regime de treinamento devem ter o direito de se associarem.” (Verbete nº 258)

“O *status* sob o qual os trabalhadores são vinculados ao empregador, como aprendizes ou de qualquer outra forma, não deve ter qualquer efeito no direito dos mesmos de se filiarem às organizações de trabalhadores e de participarem nas suas atividades.” (Verbete nº 259)⁵⁰

6.2 – Portugal

Como se vê, a subordinação jurídica elevou-se como o traço essencial da situação jurídica laboral desde suas origens. Não obstante, este critério não pode ser tomado como único e exclusivo a ponto de esgotar-se em si mesmo o sentido de variadas situações jurídicas laborais, também merecedoras de toda atenção.

António Menezes Cordeiro salienta que “a total assimilação, hoje consumada, entre contrato de trabalho e o trabalho subordinado ameaça, no entanto, transformar a referência à subordinação jurídica numa fórmula vazia; a remissão do trabalho para a subordinação e inversamente nada acrescentaria de novo em termos práticos. A saída possível, em tais circunstâncias, reside em não isolar do ambiente a ligação trabalho-subordinação. Pelo contrário, há que, da subordinação, desenvolver uma concepção aberta, de tal modo que ela possa ser inferida dos traços mais característicos de cada situação”⁵¹.

O atual Código de Trabalho de Portugal, em seus artigos 3.º e 4.º, atribui grande peso à contratação coletiva, inclusive admitindo acordos derogatórios. Em seu artigo 13.º, o referido Código incorpora os “contratos equiparados”

50 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition. Geneva: International Labour Office, 2006. p. 53-54.

51 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 535.

dos trabalhadores dependentes economicamente assegurando-lhes proteção previdenciária e em matéria de direitos de personalidade⁵².

A terminologia “contratos equiparados” adotada pelo Código foi originalmente prevista na Lei de Contratos de Trabalho (LCT) de 1966, cujo art. 2º previa a sujeição de tais contratos não ao regime, mas aos princípios definidos na própria LCT. A LCT de 1969 acrescentou à redação desta norma a referência remissiva para a “legislação especial”.

Do acima exposto, percebe-se que a opção do Código de Trabalho de 2003 foi tributária destas duas tradições. Com efeito, adotou em seu atual artigo 13.º estas duas vias de extensão: simultaneamente, o mencionado artigo assegura, de imediato, aos trabalhadores em regime de dependência econômica, “os princípios definidos neste Código”, “sem prejuízo de regulamentação em legislação especial”.

Sobre os contratos equiparados ao contrato de trabalho, vale dizer, às situações de parassubordinação, Maria do Rosário Palma Ramalho a estas se refere como uma categoria intermediária de situações entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. São situações que envolvem a prestação de um trabalho em moldes formalmente autônomos, isto é, sem subordinação jurídica, mas nas quais o prestador encontra-se em uma situação de dependência econômica ou material do credor do serviço que demanda uma tutela em termos próximos da proteção tradicionalmente conferida aos trabalhadores subordinados⁵³.

Como se vê, há um debate no enquadramento dessa categoria de trabalhadores no campo dos autônomos ou no campo dos trabalhadores subordinados para fins da proteção social e trabalhista. O debate – como logo se vê – circunscreve-se ao hoje discutido tema da proteção do trabalho para além da relação de emprego e suas fronteiras.

O trabalhador autônomo pode, com efeito, encontrar-se em uma situação caracterizada pela doutrina como de “dependência econômica” em relação ao tomador dos seus serviços. A rigor, não se estará diante de uma situação jurídica trabalhista típica uma vez que o trabalho subordinado é marcado pela “dependência jurídica”. Dessa maneira, como explica Pedro Romano Martinez, “no designado trabalho parassubordinado, por apresentar, do ponto de vista econô-

52 “Artigo 13.º Contratos equiparados: Ficam sujeitos aos princípios definidos neste Código, nomeadamente quanto a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.”

53 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 68. v. 2.

mico e social, afinidades com a relação laboral, pode justificar-se a aplicação de normas de direito do trabalho, como a Lei de Acidente de Trabalho (art. 2º da LAT) ou de regimes similares aos estabelecidos para o contrato de trabalho, por exemplo, contratos equiparados (artigo 13.º do CT)⁵⁴.

A posição de Palma Ramalho é a seguinte: “Deve, contudo, ficar claro que a sujeição das situações de parassubordinação, no todo ou em parte, à tutela laboral, não é um problema de qualificação do contrato que as titula, mas um problema de equiparação do seu regime ao regime laboral: ou seja, do ponto de vista da qualificação, o trabalho parassubordinado é trabalho autônomo, devendo reconduzir-se a uma prestação de serviço, por falta de subordinação jurídica; mas a verificação da dependência econômica do trabalhador pode determinar que, não obstante a qualificação do seu vínculo negocial, venha a ser, para efeitos de regime, equiparado, no todo ou em parte, a um contrato de trabalho”.

Especificamente em relação à negociação coletiva de trabalho, foco maior deste estudo, observamos que o ordenamento constitucional português não é infenso à representação sindical de trabalhadores parassubordinados. Dependerá da ação das entidades sindicais agir para que a proteção não se limite a direitos de personalidade, de inegável importância, mas amplie-se, no embate de forças, para direitos econômicos sociais.

A Constituição da República portuguesa, com efeito, reconhece às associações sindicais a prerrogativa de “defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem” (artigo 56.º, n.º 1), sendo reconhecida aos trabalhadores “a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos direitos e interesses” (artigo 55.º, n.º 1).

Formulação diferente foi consagrada na Lei Sindical (Decreto-Lei nº 215-B, de 1975, de 30 de abril) ao declarar que compete às associações sindicais “defender e promover a defesa dos direitos e interesses sócio-profissionais dos trabalhadores que representam” e designadamente (proêmio do art. 4º da LS): a) celebrar convenções coletivas de trabalho; b) prestar serviços de caráter econômico e social aos seus associados (art. 4º da LS).

Ao comparar a redação do texto constitucional com a redação da lei sindical infraconstitucional, Luís Gonçalves da Silva muito bem salienta que deve prevalecer uma interpretação ampliada, de conformidade com o conteúdo e com a diretriz fixados na Constituição: “A letra dos dois preceitos citados deixa perpassar entendimentos diferentes da figura. É certo que não pode ser o conteúdo da lei ordinária a conformar o conteúdo da lei fundamental, pois

54 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 148.

isso corresponderia à inversão das regras da hierarquia das fontes. De qualquer modo, não podemos ignorar que as associações sindicais, seja com base, por exemplo, na letra dos preceitos constitucionais (arts. 55 e 56), seja atendendo à própria inserção dos artigos em causa – Capítulo III, do Título II da Parte I, cuja denominação é direitos, liberdade e garantias dos trabalhadores – só podem ser entendidos como entes ao serviço dos trabalhadores que representam, pelo que, quaisquer acções delas tendem ser reconduzidas aos interesses dos *trabalhadores enquanto tais*⁵⁵.

Ao abordar o novo modelo de relações laborais delineado no recente Código de Trabalho de Portugal de 2003, António José Moreira sublinha que longe de ser um modelo único, está fortemente marcado pela disciplina jurídica inserida na Constituição e que se reporta, basicamente, aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, de modo que, por imposição constitucional, o direito do trabalho “é direito pluralmente pactuado, por contraposição ao direito hierárquico”, filho de consensos, da concertação, do diálogo social, das associações sindicais, das associações de empregadores e das comissões de trabalhadores, em que há uma circulação plural de vozes. Em última análise, do “jogo de cedências” que se opera não resulta o melhor direito, mas o que é possível, constituindo “preço do tripartismo e também da democracia participativa”⁵⁶. Sobre a contratação coletiva, no entanto, critica que o Código tem uma disciplina jurídica deficitária, “estando Portugal num estado de grande apatia no que concerne à negociação colectiva, não se assistindo, pelo contrário, ao *boom* de contratação esperada”⁵⁷.

Em 2006, por meio da Resolução do Conselho de Ministros nº 160, de 30 de novembro, foi criada a Comissão do Livro Branco das Relações Laborais (CLB) com os objetivos centrais de “propor um conjunto de medidas de regulação do mercado de trabalho que promovam a competitividade da economia portuguesa e a coesão social do país, uma legislação do trabalho que compatibilize crescimento econômico e solidariedade social”⁵⁸.

55 SILVA, Luís Gonçalves da. *Sujeitos colectivos*. Separata de estudos em homenagem ao prof. doutor Raúl Ventura. Lisboa: Coimbra Editora, 2003. p. 903-904.

56 MOREIRA, António José. Modelo das relações laborais em Portugal. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano. 32, n. 122, p. 199-200, abr./jun. 2006.

57 MOREIRA, António José. *Op. cit.*, p. 204. O autor pondera, por outro lado, que a reforma ainda não chegou ao seu fim, sublinhando que o direito do trabalho não pode encerrar-se à porta das empresas e nem no parlamento. Sustenta que a visão plural adotada no artigo é enriquecedora e da qual decorre o novo equilíbrio entre flexibilidade e segurança, entre os velhos e novos direitos e deveres dos empregadores e dos trabalhadores, daí a importância da negociação coletiva e da indispensável dinamização da contratação coletiva, diálogo e concertação sociais (p. 207).

58 PORTUGAL. *Relatório Preliminar da Comissão do Livro Branco sobre Relações Laborais*, apresentado à Comissão Permanente de Concertação Social em 31 de maio de 2007. p. 13.

DOUTRINA

O relatório da Comissão salienta que “a crescente complexidade e variedade das figuras subsumíveis à subordinação jurídica e a própria complexidade crescente dos trabalhos ditos autônomos têm esbatido e diluído a fronteira entre o contrato de trabalho, de um lado, e os múltiplos contratos de prestação de serviços e outras modalidades de trabalho autônomo, de outro, ganhando peso a tese de aplicar seletivamente algumas das regras do trabalho subordinado ao trabalho autônomo, desde que economicamente dependente, campo onde atualmente se situam os acima mencionados ‘contratos equiparados’. Tudo isto com vistas a superar o atual estado do direito do trabalho de não correspondência entre o âmbito de intensidade de tutela, por um lado, e carência de tutela, por outro”⁵⁹.

A Comissão também manifestou preocupação com a renovação e a dinamização da negociação coletiva, devendo procurar-se o tipo adequado de intervenção legislativa nesse sentido. Ainda neste particular, a Comissão sublinhou a importância de se estabelecerem critérios de representatividade com vistas a ampliar a eficácia das normas coletivas negociadas pelas entidades sindicais, aspecto ainda não normatizado pelo ordenamento jurídico português⁶⁰.

6.3 – Espanha

Na Espanha, além das dificuldades prático-estratégicas dos sindicatos, também há uma limitação jurídica indevida no que se refere à amplitude dos direitos sindicais dos trabalhadores autônomos e semidependentes.

O Estatuto dos Trabalhadores espanhol apenas autoriza aos autônomos o direito de se filiarem às entidades sindicais, mas não lhes autoriza o direito de fundar/criar sindicatos, limitação que vem sendo questionada pela doutrina mais atual, a qual, apoiada na dicção genérica da Constituição Espanhola, propõe uma interpretação ampliada da noção de “trabalhadores” nela contida para fins da liberdade sindical.

Antonio Ojeda Avilés, em estudo específico sobre o tema, identifica o problema da restrição à sindicalização dos trabalhadores autônomos e semiautônomos no ordenamento jurídico infraconstitucional espanhol para, interpretando-o a partir da norma constitucional, concluir que tal restrição é inconstitucional.

Transcrevemos seu raciocínio na íntegra: “A liberdade sindical das massas de autônomos e semiautônomos parece convir a todos, pelo que em princípio as limitações existentes deveriam ser suprimidas (p. 194). O reconhecimento

59 *Id.*, *ibid.*, p. 15-16.

60 *Id.*, *ibid.*, p. 17, 46-47.

da liberdade sindical plena aos trabalhadores autônomos esbarra no art. 3º da LOLS, razão porque a escassa doutrina tem defendido a necessidade de uma modificação legislativa para permitir a extensão (...). Em nosso entender, a reforma legislativa seria o caminho desejável, porque permitiria maior clareza nos termos da legislação aplicável, algo fundamental se considerarmos os distintos ângulos do fenômeno (...). Em que pese o entendimento de que a via mais idônea seja a da reforma legal, não é esta a única utilizável. A Constituição reconhece a liberdade sindical a ‘todos’, sem especificar, o direito de greve aos ‘trabalhadores’, e o direito de negociação coletiva aos ‘representantes dos trabalhadores e empresários’. Conceitos muito amplos, como se pode ver. São as leis ordinárias – LOLS, RDLRT e TRET – as que depois estreitam a titularidade. Por isso, (...) o TC (Tribunal Constitucional) poderia entender que ‘todos’ não são exclusivamente os trabalhadores subordinados e os funcionários, mas que, ao utilizar em seu art. 28, I, esse apelativo tão universal, a titularidade deveria ser reconhecida a todos os trabalhadores, sem distinção, com o que a regulamentação posterior deveria clarificar duas incógnitas derivadas: uma, se o art. 3º da LOLS é nulo só enquanto proíbe a criação de sindicatos de autônomos ou se também o é quando fala de autônomos sem trabalhadores a seu serviço; outra, se o distanciamento com os arts. 28.2 (greve) e 37.I (negociação coletiva), com base na expressão ‘todos’; implica que estes entes coletivos teriam reconhecida a liberdade sindical, mas sem seus instrumentos fundamentais, a negociação e a greve – como sucede com alguns sindicatos atualmente. O signo dos tempos postula por criar pontes aos semiautônomos e autônomos, à vista de sua massificação palatina. Por isso, parece oportuno abandonar as posturas refratárias a sua sindicalização. O ‘como’, e em que medida, colocam problemas que temos tentado resolver nas linhas anteriores a esta”⁶¹.

Também Manuel Carlos Palomeque López, Professor Catedrático da Universidade de Salamanca, defende, a partir do artigo 28.1 da Constituição espanhola, uma leitura ampliativa dos titulares do direito da liberdade sindical. Para o autor, a contundente declaração inicial do artigo 28.1 da CE coloca realmente o intérprete do preceito ante a delimitação da titularidade da liberdade sindical, isto é, diante da identificação dos sujeitos a quem se atribui constitucionalmente o poder jurídico em que consiste o direito de liberdade sindical: “Todos têm direito a sindicalizarem-se livremente”. “O genérico e ambíguo alcance desta formulação constitucional, proveniente desde logo da incorporação do pronome ‘todos’ à estrutura gramatical da norma é, sem dúvida, objeto

61 OJEDA AVILÉS, Antonio. La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos. In: GARCÍA LASO, Agustín; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Ed.). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. 1. ed. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002. p. 194, 199-200.

de especificação legislativa. Assim, de acordo com a LOLS, são, logicamente, ‘todos os trabalhadores’ (e só estes) que têm o ‘direito de sindicalizarem-se livremente para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais’ (art. 1.1). Que a titularidade e o exercício da liberdade sindical sejam atribuídos aos trabalhadores por conta alheia não impede, por outra parte, que o sistema normativo contemple razoavelmente determinadas hipóteses de ‘inclusão’ na titularidade do direito de outras categorias de sujeitos afins (distintos dos trabalhadores assalariados), sem prejuízo, claro, do regime de ‘exclusão’ previsto na matéria pela própria Constituição⁶².

A doutrina espanhola desde há muito, como se vê, vinha convergindo no sentido da oportuna sindicalização de autônomos e semiautônomos – ao menos pela importância de uma ação coletiva em nome destes novos trabalhadores⁶³.

No plano legislativo, digna de menção é a Lei nº 20, de 12 de julho de 2007⁶⁴, publicada no BOE nº 166, denominada “Estatuto do Trabalho Autônomo”. Em seu Preâmbulo esclarece que o direito comparado dos países europeus vizinhos não dispõe de exemplos de uma regulação de trabalho autônomo como esta, a qual constitui a primeira regulação sistemática e unitária do trabalho autônomo na União Europeia. Também consta do preâmbulo que o trabalho, no século passado, era, por definição, o dependente e assalariado, alheio a qualquer risco da atividade econômica. Na atualidade a situação é diversa, já que o trabalho autônomo expandiu-se como consequência dos novos modelos organizativos, da difusão da informática e das telecomunicações e constitui uma escolha para muitas pessoas que valorizam sua autodeterminação, dando lugar a uma vasta complexidade heterogênea de situações laborais ao lado do autônomo clássico, que demanda um nível de proteção social semelhante à dispensada ao trabalhador empregado por conta alheia.

Introduziu-se a figura do “trabalhador autônomo economicamente dependente” a partir de critérios objetivos, embora criticáveis. De acordo com o art. 11, trabalhadores autônomos economicamente dependentes são aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma

62 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Octava edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000. p. 398-399.

63 A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, até tempos atrás, aplicava tais restrições, mas nos últimos anos, diante das críticas doutrinárias, percebeu conveniência de um tratamento normativo unitário a ambas as categorias de sujeitos trabalhadores em matéria de liberdade sindical, até mesmo em virtude de uma igualdade material (STC nº 98/1985).

64 ESPANHA. *Ley nº 20, 12 julio 2007*. Destaque-se, ainda, sobre o tema, a Resolução de 21 de fevereiro de 2008, do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais que confere ao Serviço Público de Emprego Estatal a competência para a certificação e o registro de contratos celebrados por trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual dependa economicamente por perceber dela, ao menos, 75% de seus rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissional. A definição é completada ainda, pelos seguintes requisitos: a) não poderá ter a seu cargo trabalhadores ou subcontratar parte ou toda atividade para terceiros; b) deve dispor de infraestrutura produtiva e material próprios; c) deve desenvolver sua atividade com critérios organizativos próprios, sem prejuízo de indicações técnicas que possa receber de seu cliente; e d) deve perceber uma contraprestação em função do resultado de sua atividade, conforme o pactuado com o cliente, assumindo os riscos dela. O contrato deve ser celebrado sempre por escrito (art. 12)⁶⁵.

Para fins do presente estudo, o que interessa anotar são as questões de dimensões coletivas, que passam a ser elencadas. O art. 13, que trata dos “acordos de interesse profissional”, celebrados entre as associações ou sindicatos que representem os trabalhadores autônomos economicamente dependentes e as empresas para as quais os serviços são executados. Tais acordos, firmados por escrito, podem fixar condições de modo, tempo e lugar da execução da atividade, assim como outras condições gerais de contratação, observando-se, em todos os casos, a legislação de direitos mínimos necessários. Sua abrangência restringir-se-á às partes signatárias e a seus respectivos filiados.

Ao que parece, os acordos de interesse profissional constituem um “tipo aberto” que autoriza a sindicalização de tais autônomos e, simultaneamente, permanece permeável a que outras entidades associativas profissionais, além das sindicais, possam ser criadas para esse fim, caso o sindicalismo espanhol não assuma esta missão.

Outra grande inovação desta Lei encontra-se nos arts. 19 e 20, que trata dos “direitos coletivos básicos” dos trabalhadores autônomos, superando a restrições de organização coletiva mencionadas anteriormente. De acordo com o art. 19, os autônomos têm direito: a) a se filiarem ao sindicato ou associação empresarial de sua escolha; b) a se filiarem e a fundarem associações profissionais específicas sem autorização prévia; c) exercer atividade coletiva de defesa de seus interesses profissionais. Por sua vez, no plano coletivo, as associações de autônomos também gozam do direito de constituir federações, confederações ou uniões, podendo estabelecer os vínculos que considerarem oportunos com organizações sindicais e associações empresariais.

65 O art. 14 garante uma interrupção anual de 18 dias, sem prejuízo de vantagens superiores previstas em acordos de interesse profissional que também poderão fixar regras para o descanso semanal e feriados. O horário de trabalho deverá adaptar-se ao convívio familiar e à vida pessoal.

DOCTRINA

O art. 20, por sua vez, trata da liberdade de ação, da forma de organização e do procedimento de constituição de tais associações profissionais. O art. 21 estende a tais associações a noção de maior representatividade sindical contida na Lei Orgânica nº 11/85, de liberdade sindical, concedendo-lhes, tal como ocorre com as entidades sindicais: a) participação institucional em órgãos governamentais estatais ou nas Comunidades autônomas; b) o direito de serem consultadas em matéria de políticas públicas; e c) gerirem programas públicos destinados aos autônomos e outras funções previstas em legislações posteriores.

CONCLUSÕES

É imprescindível a abertura de espaços para a negociação coletiva de trabalho para que se criem alternativas de execução que não desnaturem o próprio direito do trabalho. O grande desafio que se apresenta ao direito do trabalho atualmente é simultaneamente promover as relações de trabalho e proteger os trabalhadores.

O que defendemos – e parece crucial no quadro geral destes debates – é que o sindicalismo esteja habilitado e preparado em termos organizacionais e de estratégias de ação para interferir ativamente neste processo de rerregulamentação coletiva, na definição do estatuto protetivo, se for o caso, e, em última análise, na imposição de fortes limites àquilo que considerar um retrocesso social e uma desregulamentação precária daquele direito do trabalho que historicamente com lutas construiu, evitando o seu desmanche predatório.

E isso implica uma ampliação do olhar protetivo das entidades sindicais, que devem contemplar não apenas os tradicionais empregados, com contrato de trabalho, a tempo pleno e de duração indeterminada, em poucas palavras, um novo lugar do sindicalismo na sociedade e perante o Estado. Eis aqui, então, o espaço essencial da noção de autonomia privada coletiva dos sindicatos na definição do seu futuro – e do futuro do próprio direito do trabalho.

LIMITES DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO E REFORMA TRABALHISTA

Vólia Bomfim Cassar*

A concepção liberal dos direitos trabalhistas, que partia da separação radical entre o Estado e a sociedade civil, entre o direito público e o direito privado, quando se percebia uma postura inerte do Estado diante dos problemas sociais, foi superada pela concepção do trabalhador como pessoa hipossuficiente, merecedora da proteção do Estado.

A revalorização do trabalho subordinado toma contornos com a Constituição mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, criação da OIT e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), hoje espelhada na Constituição de 1988. Ao consagrar os direitos fundamentais da pessoa, os textos constitucionais assumem conscientemente um sistema de valores, cujo maior fundamento é a dignidade da pessoa humana. A fixação, em sede constitucional, dos direitos trabalhistas, de valores éticos e de princípios protetores e democráticos, todos com força normativa, limitou ainda mais a liberdade contratual das relações de emprego e os poderes patronais.

A constitucionalização do direito do trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas em face da irradiação da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais ali preconizados. Daí a ideia de que os direitos trabalhistas são fundamentais e, como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.

Não foi por outro motivo que a CLT, apesar de editada em 1943, já previa a nulidade de todo e qualquer ato que objetivasse fraudar ou burlar direitos trabalhistas nela previstos – arts. 9º, 444 e 468 da CLT.

* Desembargadora do TRT da 1ª Região; mestre em direito pela UNESA; doutora em Direito pela UGF; pós-graduada em Direito do Trabalho pela UGF; pós-graduada em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF; professora do curso LFG; coordenadora da pós-graduação trabalhista do LFG; professora do Curso Forum; autora dos livros “Direito do Trabalho” e “Resumo de Direito do Trabalho” (Editora GEN).

DOCTRINA

Assim, em termos de direito do trabalho, a regra geral é a de que o empregado não pode, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar os direitos trabalhistas previstos em lei, seja de forma expressa ou tácita.

O impedimento tem como fundamento a natureza dos direitos trabalhistas, que são de ordem pública, oriundos de regras cogentes, imperativas, logo, tais normas são criadoras de direitos irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado. Explico: o conteúdo da norma jurídica pode ser classificado como criadora de direito público ou de um direito privado. No privado os indivíduos agem livremente, sem limites impostos por lei, enquanto no público tudo ou quase tudo está controlado e regido pela lei, limitando a atuação dos indivíduos relacionados. Este é o caso do direito do trabalho em que os direitos mínimos dos empregados estão estampados na lei, limitando sua autonomia de vontade para negociar tais direitos.

Por este motivo o art. 9º da CLT reputa como nulo todo ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei.

Por outro lado, o art. 468 da CLT considera nula toda alteração contratual, inclusive a bilateral, que cause prejuízo ao trabalhador, impedindo que vantagens, mesmo as de características privadas, criadas pelas partes, sejam suprimidas ou alteradas em prejuízo do trabalhador. Reforçando o entendimento, o art. 444 da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas. Portanto, é possível concluir que não apenas os direitos previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis, mas também aqueles de característica privada que importem em alteração prejudicial ao empregado.

Convém traçar as distinções mais importantes entre a renúncia e a transação.

A *renúncia* é uma declaração unilateral de vontade que atinge direito certo e atual, cujo efeito é a extinção deste direito.

Já a *transação* é bilateral e recai sobre direito duvidoso, e o seu efeito é a prevenção do litígio. Pressupõe concessões recíprocas. Em ambos os casos o objeto da renúncia ou da transação deve ser direito *patrimonial disponível*, na forma do art. 841 do Código Civil.

O objeto da renúncia e da transação são os *direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado*, seja antes da contratação, durante o contrato ou após a sua extinção. Portanto, é necessário traçar as diferenças entre os direitos

DOCTRINA

patrimoniais de caráter privado e os direitos de caráter público, ou seja, os direitos disponíveis e os indisponíveis e, a partir de então, prosseguir no raciocínio.

Patrimoniais são os direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível se atribuir valoração econômica, expressão monetária. *Indisponíveis* são os direitos que são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade, por protegerem interesses públicos. Não derivam da autonomia da vontade da parte e sim de imposição legal feita através de normas cogentes, impostas pelo Estado para tutelar algum interesse social. *Disponíveis* são os direitos cujos interesses são particulares, suscetíveis de circulabilidade.

Desta forma, é forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, imperativos, e só poderão ser disponibilizados quando a lei assim autorizar.

Diferentes são aqueles direitos criados através do contrato de trabalho, regulamento interno de empresa, convenção ou acordo coletivo, isto é, de forma autônoma e privada, em que impera a vontade dos contratantes. Embora estes direitos privados sejam aqueles concedidos acima do patamar mínimo da lei, a CLT também impõe limites à sua alteração, impedindo a alteração contratual, mesmo que bilateral, quando isso representar em prejuízo ao empregado (art. 468 da CLT).

Portanto, quando o direito, objeto do ajuste, for *privado*, a transação será possível, desde que não cause prejuízo direto ou indireto ao trabalhador. O mesmo não se pode dizer quanto à renúncia, que será sempre nula, porque causará prejuízo ao empregado.

MOMENTO

O momento da renúncia ou transação costuma ser analisado em três fases do contrato: antes da admissão, durante sua vigência ou depois da extinção do contrato.

Antes da admissão não é possível haver transação ou renúncia de direitos trabalhistas. O único caso de renúncia prévia estava prevista no Decreto-Lei nº 4.362/1942, que foi revogado em 1943 pela CLT. Este Decreto autorizava ao trabalhador com mais de 45 anos, desde que não tivesse trabalhado nos dois anos anteriores para o mesmo empregador, o direito de “desistir” expressamente do benefício da estabilidade no emprego.

Durante o contrato de trabalho também não é possível a renúncia ou a transação, seja porque os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, seja pela limi-

tação do art. 468 da CLT, ou ainda, pela aplicação do princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador. A doutrina acrescenta outro argumento para defender a proibição de renúncia (ou transação) durante o contrato: a coação presumida, que apesar de plausível, nem sempre está presente. Portanto, preferimos dizer que a coação deve ser provada e não presumida.

Arnaldo Süssekind¹ e Délio Maranhão² advogam que há a presunção de coação na vigência do contrato, pelo temor que tem o empregado do desemprego, além da indisponibilidade do direito, por se tratar de norma de caráter público.

Todavia, extinto o contrato, Délio Maranhão, Arnaldo Süssekind³ e Arion Sayão Romita⁴ autorizam a renúncia ou transação.

Discordamos deste entendimento, pois a irrenunciabilidade e a intransacionabilidade dos direitos trabalhistas não decorrem tão somente da alegada coação presumida, isto é, da existência de vício de consentimento, mas sim do conteúdo de suas normas, que são de caráter público, de interesse social e, por isso, indisponíveis pelo trabalhador e *inderrogáveis*⁵.

Nestes casos, Süssekind limita a validade da transação ou renúncia a dois requisitos: a) livre-manifestação de vontade; e b) incidência apenas sobre os direitos disponíveis trabalhistas. Informa que após a extinção do contrato, o estado de sujeição em que se encontrava o empregado, que o colocava em situação de coação presumida, desaparece, recobrando as partes a liberdade de negociação e a livre-manifestação de vontade (do empregado).

Ora, os direitos do trabalhador, impostos por norma de ordem pública, não perdem esta característica após a extinção do pacto, logo, não podem ser abdicados⁶. Quanto aos direitos de caráter privado, devidos em decorrência da extinção do pacto, se forem certos e adquiridos, importariam em renúncia, e não em transação, o que não se pode admitir. Quando duvidosos é que se

1 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1. p. 222.

2 MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: FGV, 1987. p. 26.

3 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Op. cit.*, p. 224.

4 ROMITA, Arion Sayão. Prefácio. In: SOUZA, Zoraide Amaral. *Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos coletivos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 11-12.

5 A respeito da *inderrogabilidade* das normas trabalhistas, Mário Deveali distingue *inderrogabilidade absoluta* e *inderrogabilidade relativa*. A primeira significa que a norma não pode ser modificada em nenhum sentido. A segunda significa que a norma não pode ser modificada para diminuir a proteção do trabalhador, mas nada impede seu aumento. Plá Rodriguez informa que os conceitos de *inderrogabilidade* e de *indisponibilidade* são afins, mas distintos.

6 LACERDA, Dorval. *A renúncia no direito do trabalho*. São Paulo: Max Limonad. p. 132.

DOCTRINA

poderia argumentar pela possibilidade de transação, desde que favoráveis ao empregado e recaíssem sobre direito patrimonial disponível.

Assim, por exemplo, o FGTS, em regra, só pode ser movimentado com a extinção imotivada do contrato e, mesmo assim, continua sendo um direito indisponível, bem como a indenização adicional de 40%. Logo, não pode o empregado dele dispor. O mesmo ocorre com o aviso prévio, as parcelas da rescisão e outros direitos que nascem com a terminação do pacto.

Mesmo após a dispensa, o trabalhador não pode dispor dos direitos previstos em lei, porque indisponíveis, tampouco dos concedidos voluntariamente pelo empregador (ordem privada), porque o ato lhe causa prejuízo, ferindo o princípio constitucional da proteção ao trabalhador (art. 7º, *caput*, da CRFB), consagrado como norma.

Isto não quer dizer que a coação não exista após a extinção da relação de emprego. É comum nos dias atuais o empregador condicionar o pagamento dos principais direitos adquiridos em virtude da despedida imotivada à assinatura da renúncia ou da transação de alguns destes direitos. Diante da futura situação de desemprego e dos compromissos já assumidos, da incerteza de novo emprego, o trabalhador aceita a “proposta”. Esta declaração de vontade foi viciada pela coação.

REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista é uma imposição do atual governo, que começou timidamente com um projeto de poucos artigos e se transformou num monstro jurídico consubstanciado, hoje, no substitutivo do Projeto de Lei nº 6.787/2016, aprovado pela Câmara e hoje no Senado sob o número PLC nº 38/2017.

O conteúdo do Projeto de Lei, ao contrário do que afirmado pela imprensa, desconstrói o direito do trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre-autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.

Abaixo analisaremos algumas das alterações propostas pela reforma trabalhista sob o enfoque da autonomia a vontade das partes, cujo tema é objeto deste artigo.

AUTÔNOMO – VÍNCULO DE EMPREGO – ART. 442-B DA CLT

“Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

A regra proposta é lógica. Se o trabalhador é autônomo, não é empregado. Portanto, a sua inclusão na CLT mais parece uma tentativa de burlar a relação de emprego, que de reconhecer que o autônomo não é empregado. O fato de existir contrato de prestação de serviços escrito ou com as formalidades legais não afasta, por si só o liame empregatício. Aliás, esse direito é irrenunciável. O que afasta o contrato de emprego é a ausência dos requisitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Desta forma, mesmo que o trabalhador, cuja relação de trabalho de fato preencha todos os requisitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT, assine um contrato de representação comercial ou de prestação de serviços autônomos, não pode esta formalidade afastar a relação de emprego com o simples argumento da “autonomia da vontade”, isto é, que as partes desejaram afastar a legislação trabalhista, porque esta é inafastável pela vontade das partes.

TRABALHO INTERMITENTE – ARTS. 443 E 452-A DA CLT

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

(...)

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

(...)

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele

DOCTRINA

devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I – remuneração;
- II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III – décimo terceiro salário proporcional;
- IV – repouso semanal remunerado; e
- V – adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

DOCTRINA

A criação de mais uma espécie de contrato de trabalho sob a denominação “contrato intermitente” visa, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável (bico), isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços, ferindo de morte os princípios da segurança jurídica e a proteção ao trabalhador. A proposta de alteração legislativa só atende aos interesses dos empresários e não dos trabalhadores.

Há mais.

De acordo com os arts. 2º e 3º da CLT, é o empregador quem corre os riscos da atividade empresarial. Os dois artigos (art. 443 e art. 452-A) pretendem repassar ao trabalhador os riscos inerentes ao empreendimento, o que não é possível nas relações de emprego.

Permitir que o trabalho seja executado de tempos em tempos, sem garantia mínima de salário mensal e sem previsibilidade de quantidade mínima de dias de trabalho por mês ou número de meses de trabalho por ano é equiparar o empregado ao autônomo, repassando ao trabalhador os riscos do contrato.

Frise-se que o § 3º do art. 452-A determina pagamento de multa pelo não comparecimento no dia de trabalho equivalente a 50% da remuneração do período, criando uma excessiva punição ao trabalhador, que fica à disposição do chamado do patrão.

Muitos defenderão a validade do ajuste ao argumento da livre-autonomia da vontade do empregado em aceitar esta modalidade de contrato. Todavia, aquele que aceita negócio jurídico que lhe é prejudicial só o faz por necessidade ou por ignorância.

Vamos imaginar um professor com contrato intermitente que só é convocado para ministrar aulas nas eventuais ausências dos professores “efetivos”, ou que é convocado para um semestre, mas para outros não, e assim permanece anos a fio com o contrato vigente e pouco executado com a instituição de ensino. Por que o patrão vai demitir um empregado se pode deixá-lo aguardando (sem que isso seja computado como tempo à disposição) indeterminadamente novo convite para o trabalho? Quando levantará o FGTS? A previsão legislativa é no sentido de que, ao fim de cada período de trabalho, o empregado receba as férias proporcionais e 13º proporcional, quase como se fosse uma extinção parcial do contrato. Mas, e as demais verbas da rescisão? Nunca receberá aviso prévio? Vai gozar férias sem o respectivo pagamento no período de férias?

Estaria o trabalhador, ao aceitar o contrato intermitente, renunciando ao aviso prévio e ao levantamento do FGTS?

CONTRATO DE TRABALHO – LIVRE-AUTONOMIA – ART. 444,
PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT

“Art. 444. (...)

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública. O valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais de R\$ 11.063,00 podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no art. 611-A da do PL é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego.

O valor do salário do empregado não exclui a relação de emprego e não diminui a subordinação do empregado ao patrão. O estado de vulnerabilidade permanece independentemente do valor auferido. O que muda é o nível social.

Absurda a proposta legislativa de inclusão do parágrafo único acima transcrito, pois esquece a natureza jurídica dos direitos trabalhistas previstos em lei.

PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA – NORMA COLETIVA –
QUITAÇÃO GERAL – ART. 477-B DA CLT

“Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.”

A intenção do novo dispositivo foi a obtenção pelo patrão da quitação com eficácia geral liberatória pela adesão pelo empregado ao PDV (Programa de Demissão Voluntária), desde que previsto em norma coletiva. A mudança, na verdade, propõe hipótese de renúncia de direitos trabalhistas, ignorando que muitos direitos trabalhistas estão previstos na Constituição, e, por isso,

DOCTRINA

de indisponibilidade absoluta por ajuste entre as partes. A alteração também importa em enriquecimento sem causa e retrocesso social, pois se quita o que não se pagou.

Mais uma vez o legislador quis prestigiar a negociação coletiva e dar à autonomia da vontade do trabalhador a força que teria nas relações civis. “Se o empregado aderiu ao programa de demissão voluntária o fez porque quis”: esse será o fundamento de alguns.

Provavelmente o legislador se inspirou em recente decisão do STF. Explico: há decisão do STF (RE 590.415/SC) em que o Relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, em 30.04.2015, que reconheceu a validade de quitação geral e eficácia liberatória prevista no PDV, porque autorizada pela norma coletiva.

PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA – DISTRATO – DIREITOS – ART. 484-A DA CLT

“Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no *caput* deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no *caput* deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.”

O Programa de Demissão Voluntária (PDV) nada mais é que um estímulo em dinheiro (prêmio) oferecido pelo patrão aos empregados que, incentivados pelo prêmio, desejarem pedir demissão. Não há lei que regule quais os direitos do empregado nos casos de rescisão do contrato por adesão ao PDV.

DOCTRINA

A novidade trazida pelo art. 484-A não prevê a obrigatoriedade do empregador em oferecer um prêmio para incentivo à adesão ao programa. Assim, por que o empregado entraria em acordo com o empregador para a extinção do contrato? Porque o empregado pretendia pedir demissão, mas não queria abrir mão do levantamento do seu FGTS, ou porque o patrão não o queria mais e pretendia baratear os custos da dispensa imotivada. Nas duas hipóteses há burla de direitos. Ou se levanta o FGTS em casos de “pedido” de demissão (o que burla as regras de levantamento do FGTS) ou não se paga o que é devido.

Em um verdadeiro distrato, uma das partes toma a iniciativa de propor o rompimento em conjunto.

Ora, se o empregado não mais quiser trabalhar, deve pedir sua demissão. Ajustar um distrato neste caso não lhe beneficiaria em nada, pois a lei do FGTS não autoriza o levantamento do FGTS para a hipótese de distrato. Se o empregador quiser, pode abrir mão do pré-aviso mesmo nos casos de pedido de demissão. Este ato não importa em transação ou distrato.

Se o empregador tomar a iniciativa, qual a vantagem para o empregado, já que tem direito a receber mais parcelas que as supostamente oferecidas em caso de distrato? Nesta hipótese, provavelmente a proposta do patrão será de renúncia ou transação de direitos que deve ao trabalhador.

Poder-se-ia argumentar que as partes poderiam compor num distrato os interesses de ambas as partes e ajustarem as parcelas devidas em face deste ato. Todavia, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e intransacionáveis, por se caracterizarem em direitos contidos em normas de ordem pública. As partes podem ajustar mais do que o previsto em lei, mas não menos. Acresce mais que, como o empregador quase sempre quer tirar vantagem, não iria pagar ao empregado parcela que seria indevida em caso de pedido de demissão, então por que o faria em caso de distrato? Só interessa ao patrão o distrato quando lhe é mais vantajoso economicamente. Neste caso, é o empregador quem pretende o afastamento do empregado, mas para pagar menos, ajusta um distrato, fazendo com que o empregado renuncie seus direitos.

Entretanto, podemos imaginar que raríssimas serão as hipóteses de verdadeira intenção das partes que, de comum acordo, querem romper o contrato. Apenas nesses casos a novidade legislativa seria positiva, pois permitiria o levantamento parcial do FGTS (80%) e a percepção, pela metade, do aviso prévio e metade da indenização adicional sobre o FGTS, além das férias e trezenos a que tiver direito.

DOCTRINA

A previsão contida na alínea *a* do art. 484-A de pagamento do aviso prévio gerará controvérsias, pois hoje ele é proporcional ao tempo de serviço, podendo chegar a 90 dias e o legislador não esclareceu se o valor corresponde a 50% do aviso de 30 dias ou ao proporcional.

ARBITRAGEM – ART. 507-A DA CLT

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos *indisponíveis*. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que R\$ 11.063,00 podem pactuar a arbitragem é desconhecer a Lei nº 9.307/96, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais *disponíveis* (art. 1º, § 1º).

Explico:

A arbitragem é tratada pela Lei nº 9.307/96 como um importante instrumento para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes – art. 1º.

Os árbitros são escolhidos pelas partes, sempre em número ímpar (art. 13, § 1º, da Lei nº 9.307/96) e fazem o papel de juiz de direito e de fato (art. 18). A sentença que proferir tem a mesma força que um título executivo judicial (art. 31) e tem requisitos para validade similares aos da sentença judicial (relatório, fundamentação e dispositivo) – art. 26. Apesar de fazer coisa julgada, a sentença arbitral não pode ser desconstituída por ação rescisória, mas sim por ação anulatória (art. 33).

As partes devem escolher o tipo de arbitragem que desejam, isto é, se de direito ou de equidade (art. 1º, §§ 1º e 2º). Se de direito, podem, ainda, indicar quais as regras serão aplicadas, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública. É facultado às partes renunciar ou não aos recursos.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.307/96, a arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos cujos direitos sejam de natureza patrimonial

disponível, o que não ocorre com a maioria das lides individuais trabalhistas, pois tratam de direitos previstos na legislação.

A arbitragem é uma forma alternativa de solução de conflitos de interesses em que estes são resolvidos pela participação de uma terceira pessoa, qual seja o árbitro, tendo sido esta modalidade de resolução e solução de conflitos pactuada pelas próprias partes, através da confecção de uma cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, em que, voluntariamente, os contratantes avençam que eventual conflito entre os mesmos deverá ser solucionado através da arbitragem, desde que os direitos em jogo sejam patrimoniais e disponíveis – art. 1º da Lei nº 9.307/96.

Cláusula compromissória é um pacto em que se estabelece que, na eventualidade de uma divergência futura entre os interessados na execução do negócio principal, estes deverão lançar mão do juízo arbitral. Antes da Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória não tinha efeito vinculante, não levando, necessariamente, ao juízo arbitral. Após a Lei nº 9.307/96, a parte que desejar que a outra honre a cláusula compromissória vazia poderá requerer judicialmente a *sua* citação para comparecer em juízo a fim de lavrar o compromisso arbitral. Não comparecendo, a sentença que julgar procedente valerá como compromisso arbitral – art. 7º, § 7º, da Lei nº 9.307/96.

A cláusula compromissória transfere a solução de futuros (e eventuais) conflitos para a arbitragem, logo, é feita antes da existência da lide, enquanto no compromisso arbitral as partes submetem a lide (o conflito) atual ao julgamento do árbitro, logo, o compromisso é ajustado durante a controvérsia.

A cláusula compromissória pode ser “cheia” ou “vazia”. Cláusula completa ou “cheia” é aquela que tem elementos suficientes para instituir a arbitragem, sem a necessidade do compromisso arbitral. De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.307/96 e, desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória “vazia” ou “cláusula patológica” é genérica, não tem a designação dos árbitros ou do Tribunal arbitral ou qualquer outro elemento que seja capaz de efetivar a arbitragem, daí a necessidade de se firmar o compromisso arbitral. O art. 6º da Lei determina o procedimento a ser adotado para a execução da cláusula compromissória “vazia”. O art. 7º prevê a demanda judicial adequada para compelir a parte inerte ao compromisso arbitral, ou seja, consagra a execução específica da cláusula compromissória.

Compromisso arbitral é o acordo bilateral em que as partes interessadas submetem suas controvérsias jurídicas à decisão de árbitros, comprometendo-se a acatar a decisão. Pode ser judicial ou extrajudicial.

Em se tratando de uma opção feita pelas partes, a exclusão da lide da apreciação do Judiciário não afronta à garantia de acesso ao Judiciário – art. 5º, XXXV, da CRFB.

Do exposto acima, percebe-se que a liberdade na autonomia da vontade é o fio condutor de todo o ajuste de arbitragem, que é duvidosa na relação de emprego, em face da constante vulnerabilidade do trabalhador, mesmo que este perceba mais que o teto fixado no artigo. Permitir que o empregado que percebe mais que R\$ 11.063,00 possa ajustar com o empregador a cláusula compromissória, na admissão ou durante o contrato, é fechar os olhos para o medo do desemprego que qualquer trabalhador tem, inclusive os altos empregados, que facilmente se submeterão às cláusulas impostas pelo patrão como mero contrato de adesão.

QUITAÇÃO ANUAL – SINDICATO – ART. 507-B DA CLT

“Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.”

A primeira tentativa dos tribunais superiores em dar eficácia liberatória ao recibo de quitação foi à quitação constante do termo de rescisão, ao dar interpretação ampliativa ao art. 477, § 2º, da CLT, inserido através da Lei nº 5.472/68, pois a parte final do mencionado parágrafo dispõe: “Sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas”.

Numa interpretação razoável e decorrente do princípio *in dubio pro misero*, conclui-se que, quando a lei se referiu às “parcelas”, quis, na verdade, limitar a quitação aos valores⁷, e não à parcela, à rubrica ou à prestação paga. Assim, se o empregador, no termo de rescisão, devidamente homologado pelo sindicato, com ou sem ressalvas, pagou R\$ 1,00 a título de aviso prévio, mas,

7 Da mesma forma pensa BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 182 e 187; e SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1. p. 222.

na verdade, devia R\$ 2.000,00, não se pode considerar que a parcela “aviso prévio” está quitada, mas tão somente o valor de R\$ 1,00, restando a dívida de R\$ 1.999,00. Interpretação diversa acarretaria no absurdo do enriquecimento sem causa e na autorização de renúncia de direitos. A se pensar de outra forma haveria verdadeira renúncia do trabalhador aos direitos indisponíveis que lhes são devidos.

Arion Sayão Romita⁸ posiciona-se no mesmo sentido:

“A eficácia liberatória alcança apenas o valor efetivamente pago, não se estendendo a uma importância cujo direito só viria a adquirir mais tarde (...). Quando, na Consolidação das leis do Trabalho e no Enunciado n° 330, alude-se a ‘parcela expressamente consignada’, concede-se eficácia liberatória não ao título quitado, mas ao valor pecuniário efetivamente recebido pelo empregado, segundo entendimento jurisprudencial pacífico dos Tribunais do Trabalho.”

Todavia, o TST se posicionou de forma diversa e, após sucessivas alterações na redação da Súmula n° 330, entendeu que a quitação se estende à *parcela* e não aos *valores* efetivamente pagos. Todas as redações anteriores também se inclinavam pela quitação geral da parcela e, algumas vezes, de qualquer lesão do contrato.

Súmula n° 330 do TST:

“A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem *eficácia liberatória* em relação às *parcelas* expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificado ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.” (grifos nossos)

Esta Súmula deixa o empregado, hipossuficiente na relação, à mercê do empregador e do sindicato.

8 ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003.

DOCTRINA

Mais tarde foi editada a Lei nº 9.958/00 que inseriu os arts. 625-A a 625-H e criou o Título VI-A na Consolidação das Leis do Trabalho, dando nova redação ao art. 876 e acrescentando o art. 877-A.

Em face disso, foi facultada a criação de Comissões de Conciliação Prévia no âmbito empresarial, sindical, em grupos de empresas ou ainda em caráter intersindical, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a função precípua de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Em sendo a conciliação próspera, lavrar-se-á o termo. Este será assinado pelo empregado e também pelo empregador, ou por seu preposto, bem como pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. De acordo com a lei, o termo de Conciliação é título *executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral*, exceto quanto às *parcelas* expressamente ressalvadas.

Portanto, a conciliação efetuada no âmbito das CCPs também visa dar eficácia liberatória às parcelas quitadas, se coadunando com o entendimento do TST.

Agora o art. 507-B do PLC nº 38/2017, mais uma vez, pretende a quitação da parcela pela simples comprovação de quitação perante o sindicato. Todavia, não se quita o que não está pago. A quitação do que foi pago já está prevista no art. 477, § 2º, da CLT. Criar a possibilidade de quitação anual geral em relação a cada parcela mencionada, na vigência do contrato, quando o empregado está presumidamente submetido às ordens do patrão é de duvidosa liberdade de vontade. Ora, se os recibos bastam para a comprovação das obrigações trabalhistas, qual o motivo para a quitação em sindicato? Claro que a intenção foi a de obter a eficácia liberatória geral do que não foi pago, gerando o enriquecimento sem causa.

Que empregado livremente concorda em dar quitação, durante a relação de emprego, de direito não pago? A coação é presumida, diante de sua hipossuficiência. Se a parcela foi paga, não há necessidade da assistência sindical para a eficácia liberatória.

CONCLUSÃO

A liberdade e a autonomia na declaração de vontade do trabalhador antes, durante e depois da vigência da relação de emprego é o fio condutor da validade dos ajustes efetuados entre empregado e patrão. Independente do grau de vulnerabilidade, do valor do salário, da formação técnica do trabalhador, os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis e, por isso, irrenunciáveis e intransacionáveis, salvo raras exceções legalmente autorizadas.

DOCTRINA

Ademais, a intenção do legislador constituinte foi a de melhorar a condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*), por isso, também neste aspecto, a reforma trabalhista retrata verdadeiro retrocesso de direitos trabalhistas.

Equivoca-se a proposta de mudança legislativa trazida pela chamada “reforma trabalhista” quando prestigia a negociação individual e coletiva entre as partes sobre os direitos previstos em lei, permitindo que o negociado prevaleça sobre o legislado, pois parte da falsa premissa de que o trabalhador quer livremente abrir mão de seus direitos, ignorando sua vulnerabilidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: GEN, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- LACERDA, Dorval. *A renúncia no direito do trabalho*. São Paulo: Max Limonad.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: FGV, 1987.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. Prefácio. In: SOUZA, Zoraide Amaral. *Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos coletivos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

