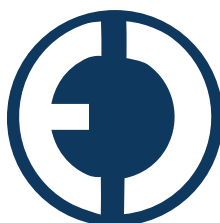


REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA



Escola Judicial
Ano II | n° 2 | Maio 2013





REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

PRESIDENTE

Desembargadora Vânia Jacira Tanajura Chaves

VICE PRESIDENTE

Desembargadora Yara Ribeiro Dias Trindade

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Valtércio Ronaldo de Oliveira

VICE CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL

Desembargador Edilton Meireles

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Edilton Meireles

Desembargador Cláudio Brandão

Juíza Andréa Presas

Juiz Luciano Martinez

Juíza Marília Sacramento

Juiz Murilo Sampaio

Juíza Sílvia Teixeira

ORGANIZAÇÃO

Ana Lúcia Aragão

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

Marcelo Edington de Magalhães

Midiã Fiuza Carvalho



www.trt5.jus.br/escolajudicial

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

A responsabilidade dos entes da administração pública pelas obrigações trabalhistas em contratos de terceirização, após a decisão proferida pelo STF na ADC n. 16 | Adalinda Mendes de Matos **p.5**

Estabilidade do representante dos trabalhadores junto ao empregador | Carlos Romeu Salles Corrêa **p.9**

O trabalho nas Constituições Sociais | Edilton Meireles **p.18**

Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário | Fredie Didier Jr. **p.30**

Conflitos de leis trabalhistas no espaço e o cancelamento da súmula 207/TST | Jaqueline Cordeiro de Lara e Rodrigo Fortunato Goulart **p.40**

O resgate do critério da dependência econômica na identificação da relação de emprego na contemporaneidade | Murilo C. S. Oliveira **p.54**

Princípio da dignidade humana: Reconhecimento do mínimo existencial como

seu conteúdo | Nadialice Francischini de Souza **p.71**

Responsabilidade civil do empregador e atividades de risco: Um estudo à luz dos direitos fundamentais | Rachel Freire de Abreu Neta **p.86**

Tutela coletiva específica ou resultado prático equivalente | Rinaldo Guedes Rapassi **p.99**

Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego | Rodolfo Pamplona Filho **p.105**

Natureza jurídica da preclusão | Tadeu Vilasboas Magalhães **p.121**

A ampliação da proteção jurídica dos empregados domésticos | Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga **p.139**

ACÓRDÃOS

Recurso de Revista TST n° 53100-33.2005.5.05.0161 **p.154** e Agravo de Instrumento TST n° 11298-98.2010.5.15.0000 **p.168** | Desembargadora Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira

Recurso Ordinário n° 0000239-53.2011.5.05.0034 **p.173** e n° 0000513-

72.2012.5.05.0651 **p.181** | Desembargadora Dalila Andrade

Recurso Ordinário n° 0000310-90.2012.5.05.0011 **p.187** | Desembargadora Luíza Lomba

Dissídio coletivo de greve n° 0000544-08.2012.05.0000 **p.201** e Recurso Ordinário n° 0001030-78.2011.5.05.0371 **p.206** | Desembargadora Graça Boness

SENTENÇAS

Processo N° 0001017-11.2012.5.05.0641 | Ivo Daniel Povoas de Souza **p.212**

Processo. N° 0005800-58.2012.5.17.0141 e 0009300-35.2012.5.17.0141 | Adriana Corteletti Pereira Cardoso **p.217**

Processo n° 0001001-1.2011.5.05.0001 | Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho **p.223**

Processo n° 0000513-2.2012.5.05.0651 (reclamação trabalhista e embargos de declaração) | Rinaldo Guedes Rapassi **p.226**

Processo n° 0001496-70.2012.5.05.0134 e Processo n° 0001256-18.2011.5.05.0134 | Ana Luisa Aguiar de Sousa **p.241**

APRESENTAÇÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região lança a 2ª edição da sua Revista Eletrônica, que se propõe a ter vida longa e profícua. Seguindo a proposta da 1ª edição, foi mantido o formato livre, sem um tema específico, com trabalhos relacionados ao direito processual, direito do trabalho e direitos humanos.

Tivemos a satisfação de receber um maior número de contribuições, sendo selecionados pelo Conselho Editorial, ao final, 11 artigos, 6 acórdãos – 2 deles do TST – e 8 sentenças, de relevante interesse.

Nosso propósito é contribuir, trocar e aprimorar os conhecimentos, consolidando o TRT5 como um pólo não só de distribuição de justiça, mas de construção científica, auxiliando a todos que pesquisam e atuam na área.

Desejamos uma boa leitura!



Vânia Jacira Tanajura Chaves
Desembargadora Presidente do TRT5

A RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO, APÓS A DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADC N. 16

Resumo: o presente trabalho estuda a responsabilização civil dos entes da Administração Pública em casos de terceirização de serviços, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, em 2010, quando ficou reconhecida a constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Tal estudo se impõe com vistas a diminuir a insegurança jurídica da aplicação do instituto da terceirização no âmbito do Poder Público e com o fim de evitar que os trabalhadores fiquem totalmente deprotegidos diante das más escolhas do ente público ou da ausência de fiscalização da Administração perante as empresas contratadas para fazer as suas vezes. Nessa esteira, através do método bibliográfico e do histórico, procura-se demonstrar que, em alguns casos, mesmo quando o Estado não pratique diretamente o dano, o Poder Público deve responder por ele, nos termos da Súmula n. 331 do TST, pois não se coaduna com o princípio da igualdade, pilar do Estado de Direito, que alguns poucos indivíduos – no caso, os trabalhadores terceirizados – arquem sozinhos com os ônus provenientes de atividades desempenhadas no interesse de todos.

ADALINDA MENDES DE MATOS

Pós-graduada pela Faculdade do Vale do Itajaí-Mirim – FAVIM e graduada pela Universidade Salvador – UNIFACS. Assessora da Desembargadora Marizete Menezes Correia, no TRT da 5ª Região.

Palavras-chave: Responsabilidade. Administração Pública. Contratos de terceirização. ADC n. 16. Súmula n. 331 do TST.

Sumário: Introdução. 1. Atual alcance e aplicação da Súmula n. 331 do TST. 2. Formas para se comprovar a ausência de culpa da Administração. 3. Reflexões sobre as recentes decisões proferidas pelo STF sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública é um meio através do qual o Poder Público transfere para uma empresa privada a execução de serviços ligados às suas atividades de apoio, de forma a possibilitar uma maior dedicação do ente público às suas atividades-fins e, ainda, reduzindo custos.

O presente trabalho estuda a responsabilização civil dos entes da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, em casos de terceirização de serviços, após a decisão proferida pelo STF na ADC n. 16, em 2010.

Nesse contexto, está-se diante não só de uma questão jurídica controversa, mas também de uma demanda social, pois, por trás das discussões legislativas e jurídicas, estão trabalhadores que despendem esforços em prol do serviço público – em favor da coletividade, portanto – e, ao final, muito deles não recebem a contraprestação pelo seu trabalho.

1. ATUAL ALCANCE E APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

Inicialmente cumpre registrar que a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, pelo STF (ADC 16), não deve impedir por completo que a Administração seja responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Isto porque, a análise sistemática do artigo, à luz do ordenamento jurídico pátrio, permite concluir que a Lei n. 8.666/1993, em verdade, veda apenas a responsabilidade objetiva ou automática da Administração.

Entendimento em contrário terminaria por gerar desigualdades, como bem explica a advogada Reane Viana Macedo:

[...] haja vista que o trabalhador que prestava serviços por meio de empresa terceirizada a um ente privado teria garantia de suas verbas trabalhistas e o que prestava serviços por meio de empresa terceirizada para um ente público não teria a mesma sorte, ficando totalmente desamparado se a empresa terceirizada não cumprisse com suas obrigações trabalhistas.¹

Logo, a aplicação do inciso IV, da Súmula n. 331, do TST, ainda encontra respaldo jurídico em diversas normas do ordenamento, tais como as regras gerais da responsabilização civil (artigos 186, 187, 927 do Código Civil), que se aplicam subsidiariamente ao Direito do Trabalho.

Ao lado disso, a própria Lei n. 8.666/93 estabelece que os contratos administrativos devem ser fiscalizados por um representante da Administração, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 58, III, e 67).

E, ainda, a Constituição da República dispõe sobre: os valores sociais do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º), a valorização do trabalho humano (art. 170) e o primado do trabalho (art. 193); normas essas que devem servir de base para a interpretação das leis infraconstitucionais.

Nessa esteira, as normas acima mencionadas obrigam a Administração a zelar pela correta celebração e execução do contrato de prestação de serviços para fins de terceirização, incluindo o adimplemento das obrigações trabalhistas, devendo ser responsabilizada caso não atue de forma adequada para impedir o dano.

Diante dessa situação, deve-se ponderar o princípio da supremacia do interesse público, com o princípio da igualdade, pilar do Estado de Direito, de modo que os ônus sociais da terceirização não sejam absorvidos apenas pelos trabalhadores envolvidos.

Ressalte-se, por fim, que não é correto se aplicar a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, pois, nos contratos de terceirização, em regra, a Administração Pública responde por sua omissão quanto à fiscalização e, nesse caso, a responsabilidade é subjetiva, por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Por fim, é pertinente ainda analisar como a Administração Pública pode provar que agiu com diligência na celebração e na execução do contrato de terceirização. É o que será feito em seguida.

2. FORMAS PARA SE COMPROVAR A AUSÊNCIA DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO

No que tange às formas de se afastar a culpa da Administração, cumpre mencionar inicialmente que a realização de licitação regular não é causa automática de exclusão de responsabilidade, pois, ainda que a empresa contratada obedeça a todos os requisitos de habilitação previstos no edital – o que pode afastar a culpa *in eligendo* –, o ente público deve acompanhar a execução do contrato, sob pena de incorrer em culpa *in vigilando*.

Tal entendimento visa evitar que a terceirização se torne um meio para a injustiça, ou seja, o tomador de serviços não pode se beneficiar da força do trabalhador e esse acabar por não receber a contraprestação pelo seu trabalho.

Nesse sentido, a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos não é absoluta e, "salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo".²

Ainda, o Poder Público, ao ser demandado judicialmente, pode acostar documentos que comprovem que a Administração acompanhava periodicamente o cumprimento das obrigações trabalhistas, tais como recibos de salários; comunicados que foram enviados à prestadora de serviços, em que eram exigidas soluções para os problemas detectados; documentos relacionados às penalidades aplicadas; entre outros.

Nesse âmbito, um importante instrumento para auxiliar a Administração é a Instrução Normativa n. 2, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de 30 de abril de 2008, a qual dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

Saliente-se ainda que, apesar de a mencionada norma ser dirigida para os entes da Administração Pública Federal, também pode ela servir de orientação para os entes das demais esferas.

A referida instrução normativa estabelece que a execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle e que a empresa contratada deverá comprovar o adimplemento das obrigações trabalhistas, sob pena de aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual (art. 34).

Este relevante instrumento normativo prevê ainda que a Administração Pública pode reter a garantia prestada pela empresa contratada, caso não haja a quitação das verbas rescisórias dos trabalhadores dispensados (art. 35, parágrafo único) e que o pagamento para a empresa terceirizada deverá ser condicionado ao cumprimento das obrigações trabalhistas (art. 36, §2º).

Pelo exposto, pode-se observar que é plenamente viável para a Administração Pública fiscalizar os contratos de terceirização, evitando que os trabalhadores sejam lesados quanto aos seus direitos trabalhistas, mesmo que para isso tenha o ente público que exigir mais garantias da empresa privada, bem como destinar mais agentes públicos para acompanhar a execução do contrato.

3. REFLEXÕES SOBRE AS RECENTES DECISÕES PROFERIDAS PELO STF SOBRE O TEMA

Da análise das decisões do Supremo em sede das reclamações constitucionais, percebe-se que, na maioria delas, o STF somente julgou procedente as ações, cassando a decisão proferida pela Justiça do Trabalho, quando esta Justiça Especializada deixou de averiguar a existência de culpa da Administração Pública no caso concreto, aplicando a responsabilidade subsidiária de forma automática. É que se pode observar nas recentes decisões da lavra do Min. Joaquim Barbosa, a exemplo da Reclamação n. 14211.¹³

Ocorre que algumas das decisões proferidas pelo Min. Gilmar Mendes nessas reclamações, numa primeira leitura, parecem afastar por completo a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública, mesmo em caso de omissão quanto à fiscalização. Transcreve-se um trecho de uma destas decisões:

(...) Passo a decidir. Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a Constituição. Registre-se que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta, após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. A decisão reclamada contraria esse entendimento, uma vez que insiste na responsabilização subsidiária da Administração Pública. Além disso, o afastamento do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, de fato, contraria a Súmula Vinculante 10, bem como, houve desrespeito ao que decidido pela Corte no julgamento da referida Rcl 8.968, de minha relatoria. Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar a decisão reclamada no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública e determinar que outra seja proferida em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 14 de dezembro de 2011. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (Rcl 12919, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 14/12/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 16/12/2011 PUBLIC 19/12/2011)

Logo, de acordo com a análise das decisões proferidas, observa-se que a responsabilização da Adminis-

tração Pública em casos de terceirização ainda é um assunto que enseja grandes discussões.

CONCLUSÃO

A terceirização no âmbito da Administração Pública foi regulamentada com o objetivo de permitir a transferência da execução de atividades acessórias para empresas privadas, contribuindo para aumentar a dedicação da Administração quanto às atividades-fins, colaborando também para a redução dos custos e para a racionalização da máquina administrativa.

E, a fim de fiscalizar tais contratos administrativos, os entes públicos devem ser diligentes quanto à escolha das empresas prestadoras de serviços, inclusive exigindo garantias para eventuais inadimplências dos direitos trabalhistas, bem como acompanhando de perto a execução do contrato.

Nessa esteira, a decisão do STF na ADC n. 16, que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93, analisada à luz de outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, é no sentido de impedir apenas a responsabilidade objetiva ou automática da Administração Pública, decorrente da simples inadimplência da empresa prestadora de serviços quanto às obrigações trabalhistas.

Assim, mesmo quando o ente público não pratica diretamente o dano, a Administração deve responder por ele em caso de culpa, nos termos da Súmula n. 331, do TST, pois não se coaduna com o princípio da igualdade, pilar do Estado de Direito, que alguns poucos indivíduos – no caso, os trabalhadores terceirizados – arquem sozinhos com os ônus provenientes de atividades desempenhadas no interesse de todos.

Para tanto, o Poder Público pode apresentar judicialmente documentos que comprovem não só a regular licitação, mas também o zelo da Administração ao longo da execução do contrato, no que se refere à regular quitação das verbas trabalhistas, a fim de comprovar que agiu de forma adequada para impedir o dano.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, Roberto Nobrega de. **Terceirização na administração pública e suas consequências no âmbito da justiça do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. São Paulo, n. 40, p. 187-196, jan./jun.2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulamentação, flexibilização, terceirização**. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- MACEDO, Reane Viana. **A responsabilidade da administração pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos**. Ciência Jurídica do Trabalho. Belo Horizonte, 85, p. 91 - 102, jan/fev. 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. São Paulo, Malheiros, 2007.
- SULZBACH, Livia Deprá Camargo. **A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços - princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? - repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST**. REVISTA LTR: legislação do trabalho. São Paulo, n. 6, p. 719-739, jun./2012.

ESTABILIDADE DO REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES JUNTO AO EMPREGADOR

Resumo: Este trabalho sustenta que o representante dos trabalhadores junto ao empregador, nas empresas de mais de duzentos empregados, é estável, nos mesmos moldes aplicados aos dirigentes sindicais. Mostra que a obrigação de participação dos sindicatos profissionais nas negociações coletivas de trabalho não implica que o representante dos trabalhadores junto ao empregador deva necessariamente ser membro de sindicato e eleito por sindicalizados. Pretende preencher uma lacuna existente na doutrina jurídica sobre o instituto, que é um dos instrumentos oferecidos pelo estado democrático de direito para a concretização da dignidade humana.

CARLOS ROMEU SALLES CORRÊA

Mestre em Direito do Trabalho e Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Atua na assessoria de Desembargador do TRT da 5ª Região.
E-mail: crlsromeu@bol.com.br.

Palavras-chave: Estabilidade. Representante dos trabalhadores. Sindicatos.

Sumário: 1 Introdução. 2 Representante dos trabalhadores junto ao empregador. 2.1 Representante dos empregados ou dos trabalhadores? 2.2 Representante na empresa ou junto ao empregador? 3 O sindicato e o representante dos trabalhadores. 3.1 Representante sindicalizado e eleito apenas por sindicalizados. 3.2 Representante não sindicalizado ou eleito também por não sindicalizados. 3.3 Acordo coletivo de trabalho celebrado por meio do representante. 4 Estabilidade do representante dos trabalhadores. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito coletivo do trabalho brasileiro prevê a figura do representante eleito dos trabalhadores de empresas de mais de duzentos empregados, cuja função é de auxiliar na harmonização das relações de trabalho, por meio do entendimento direto com os empregadores.

O instituto, que tem um grande potencial como vetor dos interesses dos obreiros, ainda é pouco estudado e ainda menos aplicado no país.

O objetivo central deste artigo é oferecer suporte teórico ao entendimento de que esse representante é destinatário da estabilidade, nos mesmos moldes cabíveis aos dirigentes sindicais.

O trabalho, nesse mister, inicialmente busca uma definição precisa da figura do representante, mostrando que ela favorece tanto os empregados em sentido estrito, quanto os demais trabalhadores, e tanto os que atuam em empresas, quanto os que laboram para outros empregadores, evitando discriminações injustificadas.

A seguir, mostra que a obrigatoriedade da participação dos sindicatos profissionais nas negociações coletivas de trabalho não implica que o representante dos trabalhadores junto ao empregador deva necessariamente ser sindicalizado e eleito por sindicalizados.

Esse mandatário, na verdade, goza de autonomia, podendo celebrar acordos coletivos de trabalho em nome dos representados, bastando que o sindicato profissional participe das respectivas negociações, nas funções de fiscalização e apoio.

Por fim, a teoria ponderativa de Robert Alexy¹ é utilizada para amalgamar os entendimentos de que esse representante é estável e de que inexistente obrigatoriedade de ele e seus eleitores sejam filiados a sindicato.

1 Aplicada por sugestão do Prof. Dr. Edilton Meireles, que, embora não compactue com todas as ideias contidas neste artigo, incentivou sua produção, a partir de discussão surgida em aula de Mestrado.

2. REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES JUNTO AO EMPREGADOR

O art. 11 da Constituição Federal brasileira de 1988 preceitua que “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.²

O instituto visa assegurar, a par da representação sindical geral dos operários, também uma específica, de modo a fazer valer também os interesses específicos de coletividades formadas pelos trabalhadores de uma mesma empresa.

Essa ordenação tem semelhança, até determinado ponto, com a da Alemanha, país que:

afastando-se do princípio tradicional do monopólio sindical da contratação colectiva, assenta o seu sistema de contratação colectiva na coexistência entre contratos colectivos de trabalho (*Tarifverträge*) outorgados por associações sindicais, e acordos de empresa (*Betriebsvereinbarungen*), outorgados, ao nível da empresa, entre o empregador e a comissão de trabalhadores, e que contêm também um conjunto de regras sobre os vínculos laborais, que revestem natureza vinculativa e são de aplicação directa aos trabalhadores da empresa.³

Mas, no Brasil, há previsão constitucional para a eleição de apenas um representante, em vez de uma comissão de trabalhadores.

2.1. REPRESENTANTE DOS EMPREGADOS OU DOS TRABALHADORES?

Deve-se interpretar de modo amplo a expressão “empregados”, do art. 11 da Carta Magna, evitando-se a acepção mais estrita, que diz respeito apenas ao contrato de emprego como definido pelo *caput* do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.⁴

Isso devido a, pelo menos, quatro motivos.

Primeiro, porque a Constituição, de hierarquia normativa superior à da CLT, não pode ser interpretada à luz desta, mas o contrário é que deve ocorrer.⁵ O entendimento da Constituição, assim, precede e conforma o do Diploma Consolidado.

Segundo, porque o fator do *discrímen* entre empregados e demais trabalhadores (a natureza do contrato), neste caso, não guarda pertinência lógica alguma com a disparidade de regimes outorgados (os primeiros contariam com representante junto ao empregador, os segundos não),⁶ o que acarretaria violação ao princípio da isonomia, contido no art. 5º, *caput*, da Carta de Outubro, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.⁷ Também a “igualdade de direitos

2 BRASIL. Constituição (1988). [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

3 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação colectiva atípica*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

4 BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

5 Conforme prega Norberto Bobbio, “A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 93).

6 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: [...] A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47).

7 BRASIL. Constituição (1988). [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”, prevista pelo art. 7º, XXXIV, da Lei Maior,⁸ seria contrariada, para o caso específico deste último.

Terceiro, porque, das duas interpretações possíveis em questão, a restritiva e a ampliativa, esta garante maior proteção aos trabalhadores, prevalecendo sobre a outra, por singela aplicação do princípio *in dubio pro operario*, que “tem como pressuposto uma única norma, suscetível de interpretações diversas, suscitando dúvida, que deve ser dirimida em benefício do empregado”.⁹

E, quarto, porque a norma em comento, que institui um direito fundamental social,¹⁰ é concretizadora do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser efetivado ao máximo. Do mesmo modo que à legislação ordinária deve ser dada a interpretação que empreste maior eficácia aos direitos fundamentais que concretiza,¹¹ estes devem ser compreendidos na acepção que empreste eficácia máxima ao princípio da dignidade, do qual são normas concretizadoras, intermediárias ou diretas. Indubitavelmente, a garantia de representação dos trabalhadores, ao proporcionar uma via direta de comunicação com os dirigentes de empregadores de grande porte, protege uma série de interesses dos operários que efetivam a dignidade destes. Assim, restringir essa garantia aos empregados, com a exclusão dos demais trabalhadores, significaria temperar injustificadamente o princípio central de nosso ordenamento jurídico,¹² o que é inadmissível.

O art. 11 da nossa Lei Fundamental, portanto, institui antes um “representante dos trabalhadores” que um “representante dos empregados”.

2.2. REPRESENTANTE NA EMPRESA OU JUNTO AO EMPREGADOR?

Também é mais apropriada a acepção ampliativa da palavra “empresas”, no art. 11 da Constituição da República, por fundamentos semelhantes aos que justificam o uso do sentido lato para o vocábulo “empregados”.

Entendimento contrário violaria o princípio geral da igualdade, pois, caso fosse adotado, a natureza jurídica da pessoa tomadora de serviços seria o fator do *discrimen* entre os trabalhadores de uma empresa e aqueles vinculados a entidades não empresariais. Tal critério não tem nenhuma pertinência lógica com a disparidade de regimes hipoteticamente outorgados (os primeiros contariam com um representante junto ao tomador de serviços, mas os segundos não).

Dentre as duas interpretações possíveis, a ampliativa é a melhor para os trabalhadores, prevalecendo sobre a sua antípoda, por força do princípio *in dubio pro operario*.

E o sentido amplo é, além disso, o que confere maior eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que esta se concretiza por meio do direito fundamental social que é a garantia de representação

8 Ibidem.

9 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 44.

10 O que a própria topografia do texto constitucional mostra com clareza, já que o referido art. 11 está no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

11 A teoria da máxima eficácia dos direitos fundamentais, como se sabe, é dominante na atual doutrina jurídica brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet a resume com as seguintes palavras: “somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível os direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 270). Preceitua esse parágrafo que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL. *Constituição (1988)*. [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011).

12 Observa Thiago Luís Santos Sombra: “Somado aos atributos inerentes à fundamentalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana reforça a posição ocupada pelas normas jusfundamentais no centro de gravitação do ordenamento jurídico. O sistema de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro – e de grande parte dos Estados Sociais e Democráticos de Direito – retira seu fundamento de existência, validade e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.” (SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42).

dos trabalhadores. Deixar de estender esse direito aos obreiros contratados por entes que não são empresas representaria uma restrição imotivada à eficácia desse princípio constitucional.

Dessa forma, deve ser afastada a interpretação literal do art. 11 da Constituição Federal, para dar lugar ao entendimento sistêmico e teleológico, no sentido de que esse dispositivo garante a existência de *um representante dos trabalhadores junto ao empregador*.

3. O SINDICATO E O REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES

Estabelece o art. 8º, VI, da Carta Magna, que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.¹³ É pacífico que essa obrigatoriedade diz respeito apenas aos sindicatos profissionais, suprimindo a hipossuficiência dos trabalhadores enquanto indivíduos, de maneira que os empregadores podem entabular acordos coletivos diretamente, sem o intermédio de sindicato patronal.

Ora, o “entendimento direto com os empregadores” referido pelo art. 11 da Constituição, cuja promoção é a finalidade exclusiva do representante dos trabalhadores junto ao empregador, não pode ser considerado um entendimento desprovido de caráter deliberativo, sob pena de esvaziamento do instituto.

Também aqui é preferível uma concepção mais ampla, pelas mesmas razões que nos levam a crer que não cabe falar em um “representante dos empregados na empresa”, mas sim em um representante dos trabalhadores junto ao empregador.

Assim, esse representante deve funcionar como a comissão de trabalhadores do direito alemão, tendo poderes para negociar diretamente com o empregador em nome dos representados e, mediante acordo com este, estabelecer normas internas vinculantes, com *status* não inferior ao das normas empresariais unilaterais.

E, já que a norma constitucional obriga a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, pode parecer, inicialmente, que o representante dos trabalhadores junto ao empregador necessariamente deve ser sindicalizado e eleito por sindicalizados, interpretação essa que ainda não é a melhor, como adiante será demonstrado.

3.1. REPRESENTANTE SINDICALIZADO E ELEITO APENAS POR SINDICALIZADOS

O entendimento de que, por força do art. 8º, VI, da Carta de Outubro, o representante dos trabalhadores junto ao empregador faz parte necessariamente da estrutura do sindicato profissional, tem as seguintes consequências: 1) esse representante deve ser sindicalizado e eleito por sindicalizados; 2) se torna mais defensável a teoria de que também a ele se estende a estabilidade do dirigente sindical.

A Lei Maior, direta e expressamente, prevê garantia de emprego apenas para o dirigente sindical (art. 8º, VIII),¹⁴ o cipeiro e a gestante (art. 10, II, a e b, do ADCT).¹⁵

A CLT, por sua vez, reforça a estabilidade do dirigente de sindicato e a estende à associação profissional,

13 BRASIL. Constituição (1988). [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

14 Nos seguintes termos: “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei” (Ibidem).

15 Com a fórmula: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição [...] fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (Ibidem). O referido art. 7º, I, institui como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Essa lei nunca foi editada, mesmo após mais de vinte e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988.

em seu art. 543, § 3º:

Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.¹⁶

Uma interpretação teleológica e sistemática desses institutos leva à conclusão de que a estabilidade, excetuado o caso da gestante, é conferida àqueles que ocupam funções de defesa direta dos interesses de sua classe profissional, sendo, por isso mesmo, mais suscetíveis a eventuais retaliações por parte dos empregadores.

E justamente esse é o caso do representante dos trabalhadores junto ao empregador, de modo que, por esse viés, caberia, em seu favor, a aplicação analógica do art. 543, § 3º, da Consolidação, para reconhecer sua estabilidade, nos mesmos moldes cabíveis aos dirigentes sindicais.

Em um primeiro momento, esse parece o melhor caminho, já que seria mais benéfico para os trabalhadores (não só para o representante, mas também para os representados) do que a simples denegação dessa estabilidade, porque não expressamente prevista em lei, mesmo contrariando as referidas considerações teleológicas e sistêmicas.

Um impedimento, no entanto, à adoção, na prática forense cotidiana, desse ponto de vista, se encontra no Enunciado 369, II, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, cujo teor é o seguinte: "O art. 522 da CLT¹⁷ foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes".¹⁸

Muito embora não se trate de Súmula Vinculante, a adoção desse entendimento pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho é recomendável, até por uma questão de celeridade processual, já que serão providos os recursos para o TST atacando decisões contrárias a essa orientação. Assim, para os casos em que o sindicato já tem sete dirigentes, mais sete suplentes, protegidos pela estabilidade, ficaria descoberto o representante dos trabalhadores junto ao empregador, o que parece contrário à finalidade geral, em nosso ordenamento jurídico, do instituto da estabilidade do trabalhador que funciona como vetor dos interesses de sua classe profissional.

E um empecilho ainda maior, a seguir detalhado, se relaciona aos trabalhadores não sindicalizados.

3.2. REPRESENTANTE NÃO SINDICALIZADO OU ELEITO TAMBÉM POR NÃO SINDICALIZADOS

A atual Constituição da República é fortemente marcada pelos ideais libertários que fundam as sociedades democráticas modernas.

Nessa esteira, seu art. 5º, nos incisos XVII e XX, respectivamente, fixa que "é plena a liberdade de associação para fins lícitos" e que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".¹⁹

Especificamente em relação à sindicalização, o art. 8º da Carta Magna, no caput e no inciso V, respectivamente, estabelece que "É livre a associação profissional ou sindical" e que "ninguém será

16 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Negociação colectiva atípica. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

17 Consta do caput desse artigo: "A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral." (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011).

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/livro-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

19 Idem. Constituição (1988). [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”.

Desse modo, o texto constitucional, além de instituir uma liberdade geral de se associar ou não, expressamente declara que essa faculdade se reflete no campo do sindicalismo, repudiando o modelo corporativista,²⁰ no qual a atuação das entidades de classe é rigorosamente controlada pelo estado.

Ocorre que o exercício da liberdade de não se associar a um sindicato não deve prejudicar o direito à representação junto ao empregador. Assim, o fato de um trabalhador preferir não aderir a um sindicato profissional, por si só, não elide seu direito a ser representado junto ao empregador, podendo eleger e ser eleito como mandatário.

A interpretação conjunta que se deve dar a ambos os institutos é aquela que preserve o mais possível o sentido de cada um, ou seja, a que lhes proporcione máxima eficácia.

Por essas razões, o representante dos trabalhadores junto ao empregador pode ser não sindicalizado. Também pode ser eleito somente por não sindicalizados (caso nenhum trabalhador de um dado empregador seja vinculado a sindicato), ou por estes e por obreiros sindicalizados, em um mesmo pleito. A eleição desse representante, inclusive, não precisa ser promovida por sindicato.

É preciso observar, no entanto, que a Constituição obriga a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, de maneira que toda a atuação do representante dos trabalhadores junto ao empregador, nessas negociações, deve ser fiscalizada e apoiada pelo sindicato, mas sem que este possa praticar ingerências que comprometam a autonomia desse representante.

3.3. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO CELEBRADO POR MEIO DO REPRESENTANTE

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 611, § único, preceitua:

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.²¹

Como é a CLT que deve ser lida à luz da Lei Fundamental, e não o contrário, melhor entender que o dispositivo não restringe a regra do art. 11 desta, de modo que, a par do acordo coletivo firmado diretamente com o empregador por meio dos sindicatos profissionais,²² existe também aquele celebrado por intermédio do representante dos trabalhadores junto ao empregador, sem a presença de sindicato patronal.

De qualquer forma, incorreta ou não, a ideia de que o rótulo “acordo coletivo de trabalho” é de aplicação exclusiva aos ajustes de vontade produzidos pela atuação do sindicato profissional não infirma, por si só, a assertiva de que o representante dos trabalhadores junto ao empregador tem poderes para,

20 Philippe Schmitter, Professor Emérito do Departamento de Ciências Políticas e Sociais do Instituto Universitário Europeu, define o corporativismo, modelo cujo ápice histórico foi a Itália fascista de Mussolini, como “Um sistema de representação de interesses em que as unidades constitutivas são organizadas em um número limitado de categorias singulares, compulsórias, não-competitivas, hierarquicamente ordenadas e funcionalmente diferenciadas, reconhecidas ou licenciadas (quando não criadas) pelo Estado, que lhes confere um monopólio deliberado da representação dentro de suas respectivas categorias em troca da observância de determinados controles na seleção dos seus líderes e na articulação das suas demandas e dos seus apoios” (SCHMITTER, Philippe. Still the century of corporatism? In: SCHMITTER, Philippe (Ed.); Lehmbruch, Gerhard (Ed.). Trends Toward Corporatist Intermediation. Beverly Hills: Sage, 1979, p. 7-52, apud FERNANDES, Luis. O enigma do socialismo real. Rio de Janeiro: Mauad, 2000, p. 42).

21 Idem. Decreto-Lei n° 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.

22 Distintos, como é cediço, da convenção coletiva de trabalho, que, conforme o caput do art. 611 do Diploma Consolidado, “é o acôrdo 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” (Ibidem).

mediante acordo com o empregador, instituir normas internas de caráter vinculativo, cujo cumprimento é judicialmente exigível.

Basta que se considere, nessa perspectiva, que os ajustes produzidos dessa forma são, ao menos, equiparados àquelas normas internas que o empregador impõe unilateralmente, no regular exercício de seu poder diretivo, às quais ele mesmo se torna vinculado.

4. ESTABILIDADE DO REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES

A interpretação sistemática e teleológica das normas de nosso ordenamento garantidoras de estabilidade para os trabalhadores, como se viu, leva à conclusão de que, em regra, estão protegidos aqueles que ocupam funções de defesa direta dos interesses de sua classe profissional, o que se aplica ao representante dos trabalhadores junto ao empregador.

Se esse representante necessariamente fosse sindicalizado, talvez se pudesse estender a ele a estabilidade do dirigente sindical. Mas não é o caso, já que a completa absorção, pelo sindicato profissional, do papel de representação junto ao empregador, violaria o princípio geral da liberdade de associação e o princípio da liberdade de filiação sindical.

Além disso, seria restrita, na prática, a proteção decorrente dessa absorção, já que o Enunciado 369, II, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal Superior do Trabalho, a limita a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes, por sindicato.

A necessidade de garantir, a um só tempo, o princípio da liberdade de filiação sindical (na sua dimensão negativa, que diz com o direito de não se associar a sindicato) e o princípio da continuidade da relação de trabalho²³ (no que toca à limitação do direito de despedir, visando a proteção do representante dos trabalhadores junto ao empregador contra eventuais retaliações à sua atuação na defesa dos interesses classistas) demanda uma solução ponderada entre dois extremos.

Um extremo seria a obrigatoriedade de esse representante e seus eleitores estarem vinculados ao sindicato, o que poderia implementar a estabilidade, decorrente do princípio da continuidade, mas sacrificaria a liberdade de não filiação, ao atrelar seu exercício à perda dos direitos de ser representado junto ao empregador, de eleger e de ser eleito como representante.

Na extremidade contrária, ficaria uma posição no sentido de garantir a liberdade de o representante e seus eleitores não se associarem a sindicato, mas sem qualquer preocupação com a estabilidade deste. Quando um princípio jurídico entra em conflito, real ou aparente, com outro, havendo a possibilidade de que um seja sacrificado para que outro possa se fazer valer, a decisão que definirá se e até onde isso precisa ocorrer pode ser tomada com base na chamada *lei de ponderação*, que Robert Alexy, com fundamento no estudo de decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, definiu da seguinte maneira: "Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro".²⁴

Além disso, no modelo de *fundamentação*, que é como o filósofo do direito chama o conjunto de procedimentos que propõe para a solução de conflitos entre princípios, a lei de ponderação deve ser aplicada com base na fundamentação racional. Caso a ponderação seja aplicada de maneira simplesmente intuitiva, permitindo inclusive que o intérprete siga exclusivamente suas concepções subjetivas, não se podendo avaliar se ela é correta ou falsa, se estará diante do modelo de decisão, que o autor rejeita.²⁵

23 Diretriz sacramentada, inclusive, no Enunciado 212 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual "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". (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/livro-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 dez. 2011).

24 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161, tradução nossa. Na versão espanhola: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

25 Ibidem, p. 158.

Acredita o professor alemão que “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”, de maneira que “o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores conflitantes ou princípios opostos”.²⁶

Uma solução para a questão proposta, assim, pode ser encontrada por meio de uma ponderação racionalmente fundamentada, de maneira a encontrar a posição ótima entre os dois extremos indicados. A primeira observação a ser feita, nesse sentido, é que o conflito em comento é apenas aparente, uma vez que existe a possibilidade de manter inteiramente satisfeitos ambos os princípios, o da continuidade da relação de trabalho e o da liberdade de filiação sindical.

Admitir que o representante dos trabalhadores junto ao empregador e seus eleitores possam ter a liberdade para não se associarem a sindicato, na verdade, não é uma posição intrinsecamente contraditória com a orientação no sentido de garantir a estabilidade desse representante. Nada há em uma posição que exclua a outra.

Assim, como se pretende resguardar, de maneira concomitante, os valores contidos nos dois princípios, a conclusão é de que, em nosso ordenamento, necessariamente, o representante dos trabalhadores junto ao empregador goza de estabilidade, sendo que ele e seus eleitores não precisam ser sindicalizados.

A fundamentação racional para a solução desse conflito aparente (que não se pode considerar baseada em uma verdadeira ponderação, já que não houve sacrifício de nenhum princípio) se encontra nas seguintes proposições: 1) uma interpretação teleológica e sistemática dos institutos garantidores da estabilidade mostra que ela é conferida àqueles que ocupam funções de defesa direta dos interesses de sua classe profissional, o que se aplica ao representante; 2) o exercício da liberdade de não se sindicalizar não deve implicar a perda dos direitos de ser representado junto ao empregador, de eleger e de ser eleito como representante; 3) as proposições dos itens anteriores estão logicamente fundamentadas e não se excluem, portanto, ambas devem ser adotadas; 4) adotar interpretação contrária à proposição imediatamente anterior, mesmo que fundamentada, violaria o princípio *in dubio pro operario*.

Com base nessas considerações, se assenta que o representante é estável, por aplicação analógica do art. 8º, VIII, da Constituição Federal, e que inexistente exigência de que ele e seus eleitores sejam filiados a sindicato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo, com base em uma perspectiva teleológica e sistemática, e não puramente literal e injustificadamente discriminatória, do art. 11 da Constituição Federal, mostra que esse dispositivo prevê, em nosso direito coletivo do trabalho, a figura do *representante dos trabalhadores junto ao empregador*, com autonomia e poderes para, fiscalizado e apoiado pelo sindicato profissional, celebrar acordos coletivos de trabalho ou, ao menos, ajustes com status não inferior ao das normas internas do empregador.

Descobriu-se que esse representante pode ser não sindicalizado e eleito por não sindicalizados, uma vez que o exercício da liberdade de não associação em nada pode diminuir os direitos de ser representado junto ao empregador, de eleger e de ser eleito como representante.

A essa posição libertária se somou, com o auxílio de uma ponderação feita à maneira de Alexy, o entendimento de que o representante dos trabalhadores junto ao empregador é detentor da estabilidade, nos mesmos moldes aplicados aos dirigentes sindicais, porque ela se aplica a todos aqueles que ocupam funções de defesa direta dos interesses de sua classe profissional.

26 Ibidem, p. 159, tradução nossa. Na versão espanhola: “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente” e “el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos”.

Espera-se que este artigo possa auxiliar no desenvolvimento do potencial doutrinário e prático que tem o instituto do representante dos trabalhadores junto ao empregador, como mais um dos instrumentos que o estado democrático de direito oferece para a concretização da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- _____. Decreto-Lei n° 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. [S. l.]: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/livro-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 dez. 2011
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Negociação colectiva atípica**. Coimbra: Almedina, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHMITTER, Philippe. **Still the century of corporatism?** In: SCHMITTER, Philippe (Ed.); Lehmbuch, Gerhard (Ed.). Trends Toward Corporatist Intermediation. Beverly Hills: Sage, 1979, p. 7-52, apud FERNANDES, Luis. O enigma do socialismo real. Rio de Janeiro: Mauad, 2000.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011

O TRABALHO NAS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS

EDILTON MEIRELES

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do IBDP. Membro da Associação Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Desembargador do Trabalho na Bahia.

Resumo: No presente trabalho se busca discutir a constitucionalização do direito do trabalho como elemento configurador do Estado Social, tendo como ponto de partida o texto da Constituição brasileira de 1988, comparando-a com as Constituições de natureza Social surgidas depois da Segunda Guerra Mundial. Procura-se revelar, por outro lado, que a constitucionalização do trabalho (valorização do valor social do trabalho) se insere nas Constituições Modernas como instrumento de implantação do Estado Social.

Palavras-chave: trabalho – constituição social – valor social do trabalho

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução da proteção ao trabalho. 3. O trabalho como instrumento de implantação do Estado Social. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A partir de uma simples leitura das constituições surgidas após o fim da Segunda Guerra Mundial, a exemplo das cartas magnas da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal, verificamos que é de suma importância para o desenvolvimento do direito constitucional a identificação do valor trabalho no contexto da lei fundamental (constitucional).

Assim, procurando contribuir para o estudo deste relevante “problema constitucional”, lançamos algumas idéias conclusivas que revelam a importância do direito do trabalho na construção do Estado Social a partir da relevância que lhe é dada pelas modernas Constituições.

2. EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHO

Tomando como exemplo o texto constitucional brasileiro, pode-se extrair a conclusão que o constituinte erigiu o trabalho (a valorização social do trabalho), o emprego, os direitos dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, etc, como elementos constitutivos “*da própria ordem constitucional global e em instrumentos privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social*”¹.

Tal realidade também é compartilhada com ênfase pelas constituições italiana, alemã, espanhola e portuguesa surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, as quais o Brasil tomou como modelo. E tal ocorre haja vista que, “para além de o trabalho, enquanto actividade em si mesma portadora de valores, se encontrar, no pensamento ocidental, no centro dos conceitos fundamentais de pessoa e de comunidade, a própria tradição constitucional se forja, também, na idéia de que a dignidade do indivíduo assenta ao mesmo tempo no seu trabalho e no seu exercício da cidadania”².

Daí porque “não espanta que a generalidade das Constituições – em especial, as mais recentes – contenham, com maior ou menor desenvolvimento, normas acerca do trabalho e, muito em particular, da forma paradigmática de actividade produtiva nas sociedades modernas: o trabalho subordinado”³. Em suma, a “fome de constitucionalismo” que envolveu estes processos constitucionais determinou, ..., a colocação do trabalho e do trabalhador no centro da norma ordem constitucional a que se pretendia

1 J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição, 5 ed, p. 345.

2 António Nunes de Carvalho, Reflexões sobre a Constituição e o Direito do Trabalho, p. 36.

3 Idem, p. 36.

dar forma”⁴.

E mais, em face da constitucionalização do direito laboral, a Constituição acaba por gerar, num processo de retroalimentação, um reencontro do direito do trabalho “com as suas origens, enquanto ramo do Direito em que o ‘social’ se impõe como limite do econômico e em que o lugar central é o da pessoa humana, em todas as suas facetas, como indivíduo, cidadão e trabalhador”⁵.

Contudo, devemos advertir que “se o fenômeno de constitucionalização do Direito do Trabalho representa, em larga medida, o reconhecimento da centralidade das questões levantadas pelo trabalho subordinado nas sociedades modernas, quer do ponto de vista do trabalhador/pessoa que trabalha, quer do ponto de vista global da comunidade dos cidadãos, este movimento de constitucionalização não pode ser tomado como um momento de chegada – ou como uma espécie de ‘fim da história’. Deve, antes, ser encarado como um fenômeno que propicia o surgimento de novos problemas e que, por isso mesmo, exige o esforço de reflexão dos juristas”⁶. Daí porque a necessidade de se analisar, em cuidado e relevo, a denominada “Constituição Laboral”.

O trabalho é visto como “instrumento de dignificação social e de realização pessoal”, pois vista como “meio de subsistência” (pagamento de vantagens salariais) e como “modo de afirmação social e de realização individual”⁷ (princípio da valorização social).

A organização do trabalho de forma a “facultar a realização pessoal, deve ser considerado uma das ‘manifestações salientes da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, atendendo à inserção do prestador de trabalho’ numa comunidade determinada, fora da qual, como diz o art. 29, n. 1 da Declaração Universal (dos Direitos do Homem), não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”⁸.

O direito do trabalho, pois, acaba por colocar à prova a própria concepção do Estado⁹.

Podemos, assim, afirmar que a constituição do trabalho compreende as regras e princípios laborais, que encontram abrigo na Constituição, assim como exprime “as regras relativas às fontes juslaborais e ao seu modo de concatenação; opera, nessa medida, como fonte indireta do tecido laboral, tornando-se, em qualquer caso, imprescindível para o seu entendimento”¹⁰.

A constituição laboral, assim, desempenha uma função reinterpretaiva e integradora da legislação infraconstitucional do trabalho. Esta última, pois, passa a ser interpretada conforme a Constituição,

não se podendo, por óbvio, querer fazer prevalecer a interpretação que se tinha do direito do trabalho antes do surgimento do texto Constitucional, nem muito menos interpretar a Constituição conforme a lei ordinária.

É preciso dizer ainda que a “constituição laboral”, enquanto fruto de uma decisão política, é, antes de tudo, um projeto, cuja função ou objetivo é modificar e alterar, de forma perene, o status quo existente, seja através de sua implantação imediata, seja através de sua natural progressividade (no sentido de ampliação dos direitos dos trabalhadores, ainda que seja através da legislação infraconstitucional). Pode-se, inclusive, afirmar que, no decorrer da história, ocorreu a constitucionalização do trabalho em sentido objetivo (o trabalho em sua dimensão abstrata) e, junto ou logo depois, até porque inseparável do ser humano, a constitucionalização em seu sentido subjetivo (proteção dos que vivem do trabalho; os trabalhadores)¹¹.

Ela é fruto de um compromisso constitucional, isto é, de um ‘acordo’ entre as partes constituintes

4 Idem, p. 36.

5 José João Abrantes, *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 49.

6 António Nunes de Carvalho, *ob. cit.*, p. 38.

7 Idem, p. 48.

8 Idem, p. 49.

9 Ubaldo Prosperetti, *Il diritto e lo sciopero. Note su un vecchio problema: l'assicurazione contro gli scioperi*, p. 82.

10 Antonio Menezes Cordeiro, *Manual de direito do trabalho*, p. 141.

11 Antonio Cantaro, *La costituzionalizzazione del lavoro*, p. 52.

no sentido de privilegiar, valorizar o trabalho, enquanto elemento essencial à realização da dignidade humana. Daí porque, o respeito e a proteção dos trabalhadores “não pode deixar de prevalecer sobre outros bens, como a rentabilidade da empresa, a racionalidade econômica, etc”¹². O econômico não pode suplementar o social, até porque o estatuto de proteção dos trabalhadores é parte integrante da moderna democracia social.

Não pode haver produção “sem promoção do mundo do trabalho, sem reconhecimento das suas aspirações e dos seus direitos. Porque não há liberdade de empresa sem a liberdade na empresa”¹³.

Pode-se afirmar, inclusive, que o direito do trabalho é “uma das obras mais importantes do moderno Estado de direito social”¹⁴. E ele não se esgota no contrato de trabalho¹⁵, como se possa pensar. Daí porque, como ensina Peter Häberle, “uma teoria constitucional cientificamente provada e politicamente crível não é possível hoje em dia sem a apontada integração do trabalho. Não existe já nenhum conceito de dignidade humana, nem teorias de direitos fundamentais, concebidos em conjunto, assim como tampouco, nenhuma doutrina de democracia, dos fins estatais e do bem comum, incluso nenhuma teoria da propriedade, sem o ‘trabalho como problema constitucional’. Tomar a sério, na teoria constitucional, o trabalhador como co-cidadão e como co-proprietário será tanto mais possível na medida em que o direito do trabalho (sobre tudo graças à jurisprudência e à doutrina laboral), apesar da pouca aparência, mas já no fundo, tem elaborado o tema do trabalho como ‘direito constitucional por vir’, em forma adequada a um Estado social e cultural de direito. Deste modo, as Constituições do Estado constitucional asseguram um pedaço de seu próprio futuro, o que ocorrerá também graças a uma aliança entre a ciência laboralista e a ciência constitucionalista. E somente deste modo pode ser e continuar sendo a Constituição do pluralismo uma medida do ser humano: do ser humano como cidadão e trabalhador”¹⁶.

A constitucionalização do direito do trabalho corresponde, justamente, a uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito das relações privadas, passando a ser um “problema constitucional”¹⁷. Até porque, o direito do trabalho regula os “fundamentos existenciais para a grande maioria dos que trabalham”¹⁸ e de um extenso campo da atividade humana¹⁹.

Num primeiro momento da constitucionalização do direito do trabalho se assistiu à consagração dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, especialmente aqueles vinculados às liberdades públicas e ao direito coletivo (liberdade sindical, liberdade de profissão, direito de greve, etc). Ernst-Wolfgang Böckenförde, porém, lembra que o primeiro direito trabalhista reivindicado pelo movimento socialista foi o direito social à tutela, considerado em si como verdadeiro direito humano²⁰. E, de fato, pode-se dizer que o primeiro e principal direito do trabalho é o da tutela estatal, ou seja, o da existência de um corpo de normas especiais que garantam à dignidade da pessoa do trabalhador através do acesso a bens vitais.

Esse direito fundamental, por sua vez, extrai-se, por exemplo, de qualquer regra constitucional que defina a competência para legislar sobre direito do trabalho. Se a Constituição faz a distinção entre direito do trabalho e direito civil é porque quis que fossem estabelecidas regras distintas. E disciplinar o direito do trabalho é estabelecer regras de tutela do trabalhador, pois se for para não proteger não é preciso fazer essa diferenciação.

No evoluir, no entanto, as Constituições passaram a inserir em seus textos direitos especificamente

12 José João Abrantes, O direito do trabalho e a Constituição, in Direito do trabalho, Ensaios, p. 54.

13 Primeiro-Ministro francês Michel Rocard, Le Monde, 12 de outubro de 1988.

14 Hans-Rudolf Horn, El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX, p. 220.

15 Hugo Sinzheimer, El perfeccionamiento del derecho del trabajo, p. 49.

16 Peter Häberle, El estado constitucional, p. 258.

17 Peter Häberle, Arbeit als Verfassungsproblem, p. 345. Como é sabido, a primeira Constituição a se referir ao direito do trabalho foi a Mexicana de 1917, que, em seu art. 123, estabeleceu um sistema de defesa dos direitos dos trabalhadores. Tal dispositivo alcançou tanta importância e sucesso que, ao que se sabia, é o único artigo de lei que se tornou nome de rua (Calle 123) na cidade do México. Sobre a história do seu surgimento, cf. Néstor de Buen, La Constitución y la nueva cuestión social p. 15-30.

18 Alfred Hueck e Hans Carl Nipperdey, Compendio de derecho del trabajo, p. 23.

19 Gerhard Boldt, Le fonti del diritto del lavoro in Germania, p. 38.

20 Ernst-Wolfgang Böckenförde, I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione, p. 189-190.

trabalhistas, de ordem pessoal e de participação política²¹. E já nesta segunda fase, incluem-se no corpo constitucional tanto liberdades, direito de participação, como direitos a prestações do Estado e mesmo por parte diretamente dos particulares e, ainda, direitos emergentes diretamente da relação de empresa, como direitos de natureza coletiva.

Observa-se, ainda, que esses direitos assumem verdadeira natureza instrumental em relação “à idéia de uma plenitude de direitos da pessoa humana, em todas as suas facetas, designadamente dentro e fora da empresa”²², especialmente em relação ao conjunto de direitos coletivos. Isso porque, ao certo, a liberdade sindical, a negociação coletiva e o direito de greve constituem, na realidade, o conjunto de direitos necessários para implantação das outras liberdades dos trabalhadores: “só esses direitos coletivos podem compensar a fraqueza relativa dos trabalhadores relativamente à empresa, bem como apenas a combinação entre autonomia coletiva e intervenção legislativa é capaz de impor travões a eventuais abusos dos poderes patronais”²³.

A feição protecionista, por sua vez, se justifica em face da situação de inferioridade substancial dos trabalhadores, que os coloca em condições deficientes em relação “à plena expansão da personalidade humana e à participação social”²⁴.

Não se pode perder de vista que a relação de emprego é e sempre foi uma relação de poder-sujeição, na qual a liberdade de um fica sujeita ao maior poder econômico e social do outro²⁵.

Mas se antes não havia preocupação com os direitos da personalidade na relação de emprego, evoluiu-se para se inserir a cidadania na empresa. A personalidade do trabalhador, em verdade, foi durante muito tempo “um tema inexistente para a Ciência do Direito”²⁶.

E um dos grandes objetivos do Estado Social é, justamente, o da “integração do mundo do trabalho e das suas organizações representativas na cidadania e no ‘sistema’, de modo a que a intervenção política a esse título afaste da desconfiança e do temor conspirativo com que outrora o Estado liberal encarou esse mesmo mundo”²⁷. Tudo isso com o objetivo de “transformar a sociedade, reduzindo progressivamente a desigualdade econômico-social entre os seus membros”²⁸.

3. O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE IMPLANTAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

Sabe-se que cabem às Constituições o papel político de definir as básicas e as maiores opções de cada Estado.

Exemplificando, mais uma vez, com a realidade brasileira, a Constituição de 1988 se apresentou como produto das forças políticas que a formularam, sendo ela portadora de um projeto que consagrou a ruptura com ordem anterior. Neste caminho, a Constituição de 1988, como instrumento transformador, buscou romper com o nosso passado autoritário e com a ordem econômica liberal. E essa ruptura fica bem clara nos arts. 1º e 3º da CF.

Essa mesma ruptura com o passado autoritário, aliás, constata-se nos precedentes das Constituições italiana, alemã, espanhola e portuguesa. Todas elas têm em comum essa “fonte material”.

No Brasil, a ruptura com o passado autoritário se concretizou com a fundação do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), fundado na cidadania e no pluralismo político (incisos II e V do art. 1º), tendo como um dos objetivos fundamentais a criação de uma sociedade livre e promotora do bem de todos

21 José João Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 50-51.

22 Idem, p. 53.

23 Idem, p. 53.

24 Renato Scognamiglio, Il lavoro nella Costituzione italiana, p. 61.

25 José João Abrantes, Autonomia da vontade e direito do trabalho..., p. 63.

26 Wolfgang Däubler, apud José João Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 61, nota de rodapé 89.

27 Bernardo Xavier, A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores, p. 190.

28 Pietro Costa, Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana, p. 32.

sem qualquer distinção (incisos I e IV do art. 3º da CF).

Para concretizar o projeto de Estado Democrático de Direito, o constituinte, então, destacou os seus valores fundamentais: a liberdade e a igualdade, elevando-os ao grau mais alto de proteção, como instrumentos de concretização da democracia representativa.

Porém, ao lado do Estado Democrático de Direito, o constituinte, rompendo com nosso passado mais liberal do que social, adotou, sem margem de dúvida, o Estado Social. Daí porque a República brasileira estar fundada na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos II e IV do art. 1º). E por conta da criação desse Estado Social é que a nossa República tem como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade, além de livre, justa e solidária, que busca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem discriminação (incisos I a IV do art. 3º da CF).

Não sem razão, conforme preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, foi dito que esta era fruto da vontade dos "representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Contudo, no campo social, para superação do status quo anterior e concretização do verdadeiro Estado Social, em sua fórmula substancial, o constituinte escolheu o trabalho como instrumento de transformação, elevando-o a valor relevante na nova ordem social. Isso porque, para se alcançar uma nova homogeneidade social, o trabalho é o instrumento de mobilidade social, pois por meio dele se promove uma maior e equitativa distribuição dos bens e rendas entre as diversas classes²⁹. E é a força laboral do indivíduo, enquanto um dos seus bens mais preciosos, mas também de toda a sociedade, que depende do esforço de cada um para o desenvolvimento de todos, que se faz óbvia a conexão entre Estado constitucional e social³⁰.

Partiu, pois, o constituinte do pressuposto de que a nossa sociedade está dividida em classes e que, apesar de impossível de serem unificadas numa sociedade capitalista, cabe ao direito, numa democracia assente no pluralismo político, atuar para tornar menor a disparidade econômico-social entre os seus membros. Daí porque, no Brasil, ao lado de impor à satisfação da função social à propriedade e à liberdade econômica (valor social da livre iniciativa, inciso IV do art. 1º da Constituição), o constituinte, avançando, destacou, em vários dispositivos da Constituição brasileira, o trabalho como instrumento de homogeneidade social, inclusive assegurando, em contraponto ao poder empresarial, o direito de greve e da negociação coletiva. Tudo isso para, observada a tensão dialética e através de regras democráticas, alcançar a democracia econômica e social³¹.

Tal premissa, aliás, está no seio da própria criação do Estado Social. Realmente, não se pode perder de vista que "o Direito do Trabalho foi parte fundamental na definição desta tarefa e também na motivação daquela transformação do Estado Liberal para o Estado Social"³². "A constitucionalização do direito do trabalho foi, precisamente, uma das primeiras manifestações da intervenção constitucional no âmbito privado"³³, até porque, o trabalho é "uma categoria fundamental da prática existencial do homem socializado"³⁴. E o direito do trabalho se desenvolve, justamente, como "direito social antagonista em contraposição ao ordenamento existente da propriedade, ou, mais precisamente, em contraposição à direção do trabalho por parte do proprietário privado e em contraposição à autonomia negocial privada"³⁵. Como lembrado por Antonio Baldassarre, "não é casual, portanto, que este direito é reconhecido universalmente como o 'centro e arquétipo' dos direitos sociais ou como 'princípio diretivo do Estado Social', mais, ao mesmo tempo, se considere também como o mais controvertido e ruidoso dos direitos

29 Gonzalo Maestro Buelga, *La constitución del trabajo en el Estado Social*, p. 53.

30 Gerhard Boldt, *ob. cit.*, p. 41.

31 José Barros Moura, *A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE*, p. 814.

32 Jorge Bacelar Gouveia, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, p. 22.

33 José João Abrantes, *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 48, nota de rodapé 14.

34 Peter Badura, *Grundfreiheiten der arbeit. Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte*, p. 12.

35 Thilo Ramm, *Problemi della costituzione del lavoro*, p. 173.

sociais”³⁶, ainda que não tenha sido o único que inspirou a nova ordem constitucional-social³⁷. Contudo, o direito do trabalho constitui o eixo central no qual se articulou todo projeto de criação do Estado Social, constituindo-se em seu verdadeiro “coração”³⁸, até porque, ele “só não tem por objeto facilitar médios de vida da pessoa, senão que se dirige a tutelar a exigência da liberdade e dignidade humana”³⁹.

Pode-se afirmar que é no trabalho que a sociedade encontra seu fundamento social. É o valor basilar da vida coletiva. E afirmar que a sociedade está fundada no trabalho (tal como ressaltado na Constituição italiana de 1947) significa que cabe ao Estado perseguir uma política de defesa social e de eliminar a desigualdade e os privilégios econômicos através da promoção e da tutela da atividade laboral. Isso sem olvidar que o trabalho se revela também como instrumento de afirmação individual e do livre desenvolvimento da personalidade do homem, assim como de meio para se alcançar o progresso material e social.

Neste mesmo sentido, leciona Celso Albuquerque de Melo que “para a maioria da humanidade o direito social fundamental é o direito ao trabalho, vez que é através dele que se vai obter a seguridade social e, com isto, quase sempre, o direito à saúde. É através da ação, isto é, do trabalho que o ser humano se realiza. É o que lhe garante uma remuneração justa. Considero o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”⁴⁰.

Não se pode perder de vista, ainda, que muitos outros fatores que influenciam no nível social de vida da pessoa (educação, lazer, saúde, moradia, etc) dependem essencialmente do trabalho⁴¹.

Aliás, pode-se afirmar que a luta pelos direitos trabalhistas sempre tem estado à frente para o reconhecimento do Estado Social, desde o movimento obreiro surgido na Revolução de 1848 na Alemanha⁴². O certo, pois, é que o direito do trabalho foi parte fundamental nesta tarefa “e também na motivação daquela transição do Estado Liberal para o Estado Social”⁴³. Em suma, “o direito do trabalho é o primeiro direito que se rebela contra o livre jogo das relações de poder e seu azaroso resultado”⁴⁴, rechaçando a livre ação individual com a intenção de submetê-la a uma “razoável ordem social”⁴⁵.

Não à toa a que se chega a defender que as duas grandes guerras mundiais foram, na realidade, apenas uma guerra civil europeia disputada entre os Estados fascistas (autoritários), fundados na supremacia do capital, e os Estados sociais. “Uma guerra em torno da ordem social e em suas relações com a ordem política”⁴⁶.

Para tanto, porém, foi necessário elevar as instituições e os direitos dos trabalhadores à categoria de direitos fundamentais de modo a “lograr o equilíbrio das partes opostas”⁴⁷.

Contudo, o Estado Social, ao mesmo tempo em que foi influenciado pelo direito do trabalho, que o lhe qualifica e lhe fortalece⁴⁸, passa a cumprir a função de inserir os trabalhadores no quadro político-institucional do novo sistema constitucional estabelecido⁴⁹. Mas o faz, não só como quem quer proteger

36 Los derechos sociales, p. 98.

37 José Luis Monero Pérez, Fundamentos doctrinales del derecho social en España, p. 193.

38 Gonzalo Maestro Buelga, ob. cit., p. 10.

39 Idem, p. 54.

40 Celso Albuquerque Melo, A proteção dos direitos humanos nas Nações Unidas, in .SARLET, Ingo Wolfgang, Direito fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228 (p. 215/232).

41 José María Nin de Cardona, Sobre los derechos humanos (El derecho al trabajo y su problemática), p. 139.

42 Gerardo Meil Landwerlin, El Estado Social de Derecho: Firsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teoricas para dos posiciones politicas, p. 219. No mesmo sentido, cf. Fábio Konder Comparato, A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 54-55.

43 Jorge Bacelar Gouveia, O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa, p. 22.

44 Hugo Sinzheimer, La crisis del derecho del trabajo, p. 96.

45 Idem, p. 96.

46 Roberto Bin, Lavoro e Costituzione: la radici comuni di una crisi, p. 280.

47 Hugo Sinzheimer, La crisis del derecho del trabajo, p. 96.

48 Adriana Apostoli, L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale, p. 59.

49 José Luis Monero Pérez, Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, p. 144.

os trabalhadores enquanto tais, mas, também, em benefício dos trabalhadores enquanto cidadãos que são indivíduos portadores de direitos fundamentais. Porém, não só o homem em sua essência enquanto ser igual a outro, todos dotados dos mesmos direitos, mas, sim, o homem em sua realidade; não apenas em sua dignidade abstrata, mas em sua "existência real concreta"⁵⁰, a exigir a intervenção estatal para realização efetiva da personalidade do trabalhador.

Há, pois, uma "conexão ideológica entre o conceito de Estado de Direito democrático e social com as demandas próprias do movimento obreiro"⁵¹. O trabalho, desse modo, sem dúvida, exerce papel destacado na formação e implantação do Estado Social. É uma "peça chave do sistema político do Estado social"⁵², até porque o direito do trabalho é direito social, por excelência⁵³.

Assim, os direitos dos trabalhadores, "mais do que representarem a tutela de um estatuto, ... são concebidos como instrumentos ao serviço da luta por uma nova sociedade, onde plenamente se realizem os direitos do homem, no quadro de uma democracia econômica, social e cultural"⁵⁴.

Essa assertiva, por sua vez, é facilmente comprovada à luz da Constituição brasileira quando se constata que a sua República também tem fundamento no valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e assegura o direito social ao trabalho (art. 6º).

É certo, porém, que a conclusão acima poderia ser desmentida com a lembrança, por exemplo, que o valor social da livre iniciativa também fundamenta a República brasileira (inciso IV do art. 1º da CF). Mas a nossa assertiva se reforça, no entanto, quando verificamos que a sua Ordem Econômica está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da CF) – como também na livre iniciativa, é bem verdade –, e que a Ordem Social "tem como base o primado do trabalho" (art. 193 da CF).

Tais dispositivos consagram, sem dúvida, o trabalho como o instrumento transformador do Estado Liberal para o Social, pois, ela não só atua como um dos fundamentos da República brasileira, como condiciona a sua Ordem Econômica (que também se pauta na valorização do trabalho humano) e constitui a base da Ordem Social.

Aqui, ainda, cabe lembrar que, historicamente, na primeira fase do constitucionalismo social, na busca pela atuação dos direitos fundamentais no âmbito trabalhista, apenas se tinha preocupação, de um modo geral, com os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, especialmente seus direitos coletivos (liberdade sindical, negociação coletiva, direito de greve, etc). Com o passar do tempo, no entanto, verificou-se a necessidade de se consagra e dar maior atenção "à chamada cidadania na empresa, isto é, ao valor que a condição do trabalhador traz à estrutura clássica do contrato de trabalho, com reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais não especificamente laborais, isto é, dos direitos do cidadão, que os exercita, enquanto trabalhador, na empresa"⁵⁵.

Observa-se, ainda, nesse projeto de criação do Estado Democrático e Social de Direito, que a Constituição brasileira procurou dar destaque aos seus valores básicos logo no seu Título II. Assim é que, para implantação do Estado Democrático, dispôs sobre suas garantias nos arts. 5º e 12 a 17. Já para a implantação do Estado Social, regulou as garantias do trabalho, preponderantemente, nos arts 7º a 11. E mais, é preciso lembrar que, ao mencionar expressamente os direitos dos trabalhadores, em capítulo próprio, a Constituição brasileira, assim como seu modelo português, rejeitou "inequivocamente a concepção tradicional dos direitos fundamentais como direitos do homem e dos cidadãos genéricos e abstratos, antes erigindo os direitos dos trabalhadores a direitos como o mesmo título e a mesma dignidade"⁵⁶.

Neste sentido, não se pode olvidar que, para o trabalhador do século XIX e da primeira metade do

50 Hugo Sinzheimer, *El problema del hombre en el derecho*, p. 112.

51 Beatriz González Moreno, *El Estado Social. Natureza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 39.

52 José Luis Monereo Pérez, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, p. 1117.

53 Hugo Sinzheimer, *La crisis del derecho del trabajo*, p. 95.

54 José João Abrantes, *Do direito civil ao direito do trabalho...*, p. 36. Cf., ainda, Hugo Sinzheimer, *La crisis del derecho del trabajo*, p. 96-97, quanto ao alcance da democracia econômica.

55 José João Abrantes, *O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais*, p. 135.

56 José João Abrantes, *O direito do trabalho e a Constituição*, in *Direito do trabalho, Ensaios*, p. 42.

século XX, esse problema não fazia qualquer sentido, já que estava mais preocupado em combater as longas jornadas de trabalho, as precárias condições de vida e de trabalho, do que em fazer valer sua cidadania no âmbito da empresa. Pode-se, inclusive, afirmar que os direitos fundamentais da cidadania no âmbito da empresa constituem numa “segunda geração” dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores⁵⁷. Isso porque ocorre a “deslocação do respectivo centro de gravidade da pessoa do trabalhador e do espaço circunscrito da empresa para as questões da cidadania, e colocada esta ao nível do conjunto da sociedade”⁵⁸.

Chegou-se à conclusão, após a primeira etapa de afirmação do direito dos trabalhadores, que o trabalho não pode se “separar da personalidade do trabalhador”⁵⁹, pois o que o empregado coloca à disposição da empresa não é algo separado de seu corpo, mas é seu próprio corpo.

Diga-se, porém, que “não se trata agora, sequer, do problema da garantia da cidadania na empresa, mas antes, sobretudo e acima de tudo, ‘é a cidadania tout court, isto é a própria possibilidade do exercício dos direitos e liberdades que são apanágio constitucional do cidadão, que se oferece aí como objecto central de tutela’, na feliz expressão de Monteiro Fernandes, que sintetiza esta idéia fundamental afirmando ainda que ‘a efectiva protecção da dignidade e da liberdade pessoal (...) tem a prioridade sobre os projectos de reestruturação das relações de trabalho baseados na participação, na coordenação e no diálogo social interno, que se tornaram conhecidos sob o lema ‘cidadania na empresa’”⁶⁰.

“É que a concepção do trabalhador como um cidadão de pleno direito, integrado numa sociedade democrática que tem como princípio estruturante fundamental o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos dos cidadãos, haverá em nosso entender de forçosamente conduzir à consideração da completa e imediata inadmissibilidade de práticas e até de normas de fontes inferiores (como por exemplo regulamentos internos das empresas) que atentem contra essa plena cidadania do trabalhador”⁶¹.

Não se perca de vista, ainda, que o contrato de trabalho é, como nenhum outro no arcabouço jurídico constitucional, condicionado “por valores assentes na idéia de dignidade humana”⁶². E o “trabalhador, num Estado de direito democrático, é uma pessoa humana e um cidadão como qualquer outro membro da sociedade e não perde qualquer dessas condições por franquear a porta da empresa”⁶³.

As modernas constituições, pois, estabelecem “uma ordem de valores, que tem o seu cerne nessa dignidade da pessoa humana, garantida pelos direitos fundamentais, e que, como tal, tem de valer como estatuição fundamental para todos os ramos de direito, designadamente para o Direito do Trabalho”⁶⁴. E tal ocorre por ser da essência do contrato de trabalho, por ser este radicalmente diferente dos demais, haja vista que nele o contratante não entrega um objeto patrimonial, mas a si mesmo. A prestação “trabalho” é o homem em si mesmo, em seu corpo e espírito⁶⁵.

Em suma, como ensina Peter Häberle, “não existe nenhum conceito de dignidade humana, nem teorias dos direitos humanos fundamentais, conjuntamente considerados, tal como não existe nenhuma doutrina da democracia, dos fins do Estado e do bem comum, incluindo as teorias da propriedade, sem considerar o trabalho como um problema constitucional”⁶⁶.

Da mesma forma, lembra J. J. Gomes Canotilho, que “as Constituições do Estado Constitucional assegurariam um pedaço do seu próprio futuro considerando o trabalho como elemento de suporte e promovendo uma aliança entre a ciência laborista e a ciência constitucionalista. Só desta forma a

57 Sobre esse deslocamento do foco de atenção do direito do trabalho, cf. António Garcia Pereira, A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais, p. 275-293.

58 António Garcia Pereira, ob. cit., p. 277.

59 Hugo Sinzheimer, El hombre en el derecho del trabajo, p. 81.

60 António Garcia Pereira, ob. cit., p. 277.

61 Idem, p. 278.

62 José João Abrantes, O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais, p. 136.

63 António Garcia Pereira, ob. cit., p. 283.

64 José João Abrantes, O Código do Trabalho e a Constituição, Questões Laborais, p. 136.

65 Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea, Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo, p. 26.

66 In Arbeit als Verfassungsproblem, p. 345.

Constituição poderá ser e continuar a ser a constituição do pluralismo e uma medida do ser humano: do ser humano como cidadão e trabalhador⁶⁷.

A laborização dos direitos fundamentais, pois, contribui para a mudança do modelo de Estado⁶⁸. Isso porque o trabalho constitui um pilar básico e configurador de todo ordenamento jurídico constitucional nos Estados Sociais, de modo a inspirar toda nossa organização jurídico e política, obrigando o Poder Público a garantir sua proteção e aplicação de suas regras protetivas em todos os âmbitos, em especial nas relações de trabalho, sem prejuízo de sua eficácia – enquanto princípio ordenador – nas demais espécies de relações, obrigações e prestações (ex.: educação para a formação profissional)⁶⁹.

Porém, neste jogo de valores, há uma retro-alimentação. Isso porque, não só a Constituição se alimenta do valor do trabalho, como a partir da Constituição o direito do trabalho incorpora em seu conteúdo outros valores, princípios e direitos constitucionais, alguns de caráter fundamental, que ordenam suas instituições, organizando e reorganizando-o como sistema jurídico, dando-lhe coerência e unidade sistemática, além de criar uma base sólida à sua função tutelar do trabalhador. E, por isso mesmo, impõe uma nova leitura sobre os direitos trabalhistas previamente agasalhados pela legislação, de modo a guardar pertinência com os valores e preceitos da nova ordem constitucional⁷⁰.

E não é só. A partir do fenômeno da laborização constitucional, podemos, inclusive, concluir que o “direito do trabalho não é tanto ou não é somente uma disciplina que reserva para si uma zona determinada do ordenamento jurídico; é, ademais, uma forma de contemplar o ordenamento todo, em toda sua complexidade e em todas suas vertentes, desde o trabalho humano como observatório privilegiado⁷¹. Isso porque o trabalho está no cerne da dignidade humana.

Ora, é sabido que todos trabalham (temos direito ao trabalho e, em certa medida, temos o dever de trabalhar em prol da sociedade em que vivemos, cumprindo nossa função social). E é certo que o “trabalho é uma energia essencial. Quem presta trabalho não dá nenhum objeto patrimonial, mas se dá a si mesmo. O trabalho é o homem mesmo em situação de atuar. O trabalho é fonte de patrimônio, mas não gasta patrimonial⁷². E, como o homem tem dignidade, “lograr tal dignidade é uma missão especial do direito do trabalho. Sua função consiste em evitar que o homem seja tratado igual que as coisas”. Através do direito do trabalho se “quer assegurar a capacidade de existência, ainda que não se possua nenhuma propriedade⁷³.

Tudo isso porque o direito do trabalho se relaciona com a coletividade. E como o direito do trabalho regula a força laboral do povo, essa questão não interessa, tão somente, os empresários e os próprios trabalhadores. “A força laboral da grande massa do povo é força popular. O que ocorre a tal força é algo que deve preocupar o todo o povo e ao Estado, que não é outra coisa que a organização do povo⁷⁴.

Dessa forma, em última instância, o direito do trabalho assume a função de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador, pois sem isso não se pode falar em verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, sem a consagração do princípio *pro dignitate laboratoris*⁷⁵.

4. CONCLUSÕES

A partir das premissas acima, em apertada síntese podemos concluir:

67 Apud Antonio Matos, Constituição e direitos sociais, Situação em Portugal e na Europa, p. 15.

68 Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea, ob. cit., p. 22.

69 Entendendo que no Estado pós-moderno o trabalho não é mais reconhecido como elemento fundante da sociedade, pois a produção normativa estaria “a um nível de total abstração” dos valores que condicionam a ordem social capitalista, cf. Antonio Negri e Michael Hardt, O trabalho de Dionísio. Para a crítica ao Estado pós-moderno, p. 59-60.

70 Sobre a desconstitucionalização do direito do trabalho, seja através da flexibilização ou outros instrumentos, cf. Michele Prospero, Il costituzionalismo e il lavoro, p. 146-156.

71 Manuel Alonso Olea, Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución, p. 29.

72 Hugo Sinzheimer, La esencia del derecho del trabajo, p. 73.

73 Hugo Sinzheimer, Der Wandel im Weltbild des Juristen, p. 43.

74 Hugo Sinzheimer, La esencia del derecho del trabajo, p. 70.

75 Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea, ob. cit., p. 26.

a) as modernas Constituições dos Estados Democráticos, especialmente naquelas surgidas após a Segunda Guerra Mundial, erigiram o trabalho (a valorização social do trabalho) como elemento constitutivo “da própria ordem constitucional global e em instrumentos privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social”⁷⁶.

b) o direito do trabalho, ao se inserir nos textos constitucionais, qualificou os Estados modernos como Estados Sociais;

c) a proteção jurídica do trabalho, tal como incluído nas modernas Constituições, revela-se como verdadeiro instrumento de transformação do Estado Liberal em Estado Social;

d) a proteção dada aos trabalhadores, tanto no plano individual como coletivo, atua como arma para eficácia das normas constitucionais prometedoras da implantação do Estado Social;

e) ao lado dos direitos especificamente trabalhistas, eventualmente consagrados nas Constituições Modernas, o legislador e os interpretes constitucionais passaram a se preocupar com a inserção da cidadania no âmbito da empresa;

f) não se pode falar em verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito sem a consagração do princípio *pro dignitate laboratoris*.

5. BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João. **O direito do trabalho e a Constituição**. In: Direito do trabalho. Ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995, p. 39-68.
- _____. **Do direito civil ao direito do trabalho**. Do liberalismo aos nossos dias. In: Direito do trabalho. Ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995, p. 17-38.
- _____. **O Código do Trabalho e a Constituição**. In: Questões Laborais, ano X, n. 22, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 123-154.
- _____. **Autonomia da vontade e direito do trabalho: breves considerações em relação com as novas regras sobre mobilidade dos trabalhadores introduzidas pelo Código do Trabalho**. In: Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses – IV série, n.º 3, abril 2004, p. 43-62 e In: Estudos sobre Código do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 119-143.
- _____. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ALONSO OLEA, Manuel. **Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1990.
- APOSTOLI, Adriana. **L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale**. Milão: Giuffrè, 2005.
- BADURA, Peter. **Grundfreiheiten der arbeit. Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte"**. In: BLUMENWITZ, Dieter e RANDELZHOFFER, Albrecht. Festschrift für Friedrich Berber zum 75 Geburtstag. Munique: C.H. Beck, 1973, p. 11-45.
- BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Trad. Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BIN, Roberto. **Lavoro e Costituzione: la radici comuni di una crisi**. In: BALANDI, Gian Guido. CAZZETTA, Giovanni. Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008. Milão: Giuffrè, 2009, p. 279-291.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione**. In: Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Milão: Giuffrè, 2006.
- BOLDT, Gerhard. **Le fonti del diritto del lavoro in Germania**. In: BOLDT, G et al. (coords.). Le fonti del diritto del lavoro. Milão: Giuffrè, 1962, p. 33-67.
- BUEN, Néstor de. **La Constitución y la nueva cuestión social**. In: Revista Latinoamericana de Derecho Social, n. 1. México: Universidad Autónoma de Mexico, 2005, p. 15-30.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANTARO, Antonio. **La costituzionalizzazione del lavoro**. Il secolo lungo. In: CASADIO, Giuseppe (org.). I

76 J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição, 5 ed, p. 345.

- diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana. Roma: Hediese, 2006, p. 49-80.
- CARVALHO, António Nunes de. **Reflexões sobre a Constituição e o Direito do Trabalho**. Prontuário de Direito do Trabalho, n. 57. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 35-64.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **Manual de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991.
- COSTA, Pietro. **Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana**. In: BALANDI, Gian Guido. CAZZETTA, Giovanni. Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008. Milão: Giuffrè, 2009, p. 21-83.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. **El Estado Social. Naturaza jurídica y estructura de los derechos sociales**. Madrid: Civitas, 2002.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa**. Lisboa: O Espírito das Leis, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Arbeit als Verfassungsproblem**, JZ (JuristenZeitung) 39 (1984), H. 8, p. 345-355.
- _____. **El estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma de México, 2001, reimpressão 2003.
- HORN, Hans-Rudolf. **El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX**. In: AAVV. El constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX. T. III. Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 215-264.
- HUECK, Alfred. NIPPERDEY, Hans Carl. **Compendio de derecho del trabajo**. Trad. Miguel Rodriguez Piñeiro e Luis Enrique de la Villa. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- LANDWERLIN, Gerardo Meil. **El Estado Social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas**. In Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 42, 1984, p. 211-225.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.
- MATOS, Antonio. **Constituição e direitos sociais. Situação em Portugal e na Europa**. In: Temas laborais Luso-brasileiros. MADEIRA, Auta et al. (coords.). São Paulo: LTr, 2006, p. 15-31.
- MELO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Direito fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215/232.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. **Fundamentos doctrinales del derecho social em España**. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Madrid: CES, 1996.
- MOURA, José Barros. **A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE**. In: COELHO, Mário Baptista (coord). Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa, 1989, p. 813-860.
- NEGRI, Antonio. HARDT, Michael. **O trabalho de Dionísio. Para a crítica ao Estado pós-moderno**. Juiz de Fora: UFJF/Pazulin, 2004.
- NIN DE CARDONA, José María. **Sobre los derechos humanos (El derecho al trabajo y su problemática)**. In: Revista de Estudios Políticos, n. 176. Madrid: CES, mar-jun/1971, p. 139-145.
- PEREIRA, António Garcia. **A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais**. In: MOREIRA, António (Coord.). V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275-293.
- PROSPERO, Michele. **Il costituzionalismo e il lavoro. Democrazia e diritto**. n. 2. Milão: FrancoAngeli, 2008, p. 134-174.
- PROSPERETTI, Ubaldo. **Il diritto e lo sciopero. Note su un vecchio problema: l'assicurazione contro gli scioperi**. In: Problemi di diritto del lavoro. Vol. II. Milão: Giuffrè, 1970, p. 79-114.
- RAMM, Thilo. **Problemi della costituzione del lavoro**. In: Ramm, Thilo. Per una storia della costituzione del lavoro tedesca. Trad. G. Antonio Capobianco, Lorenzo Gaeta, Roberto Romei e Gaetano Vardaro. Milão: Giuffrè, 1989, p. 151-183.
- SAGARDOY Y BENGOCHEA, Juan Antonio. **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Il lavoro nella Costituzione italiana**. In: SCOGNAMIGLIO, Renato (coord.). Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale, Milão: FrancoAngeli, 1978, p. 13-155.
- SINZHEIMER, Hugo. **Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo**. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984.
- _____. **La esencia del derecho del trabalho**. In: Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco

estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, p. 67-77.

----- **El perfeccionamiento del derecho del trabalho.** In: Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, p. 45-66.

----- **El hombre en el derecho del trabalho.** In: Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, p. 79-85.

----- **La crisis del derecho del trabajo.** In: Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, p. 87-99.

----- **El problema del hombre en el derecho.** In: Crisis economica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Trad. Felipe Vasquez Mateo. Madrid: MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, p. 101-127.

----- **Der Wandel im Weltbild des Juristen.** In: KAHN-FREUND Otto. RAMM Thilo (orgs.). Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden. Vol. 1. Frankfurt/Colônia: Verlagsanstalt Europäische, 1976, p. 42-49.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores.** In: FERNANDES, António Monteiro (Coord.). Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina, 2004, p. 163-203.

LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

FREDIE DIDIER JR.

Livre-docente pela USP e Pós-doutor na Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC-SP. Mestre pela UFBA. Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor-adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Membro da IAPL, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico.

Área do Direito: Processo; Civil

Resumo: Trata-se da transcrição da prova escrita apresentada no concurso para a obtenção do título de livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP, realizada em 10.02.2012.

Palavras-Chave: Litisconsórcio – Espécies – Classificação.

Abstract: This is the transcription of the written exam that was submitted by the author in partial fulfillment of the requirements to obtain his habilitation (livre docência) in Civil Procedural Law from the University of Sao Paulo.

Keywords: Joinder of parties – Categories – Classification.

Sumário: 1. Delimitação da exposição – 2. Conceito de litisconsórcio – 3. O litisconsórcio unitário: 3.1. Conceito; 3.2 Litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples ou comum; 3.3 O regime de tratamento dos litisconsortes; 3.4 Litisconsórcio unitário e colegitimação; 3.5 Distinções: 3.5.1 Litisconsórcio unitário e assistência litisconsorcial; 3.5.2 Litisconsórcio unitário e intervenção litisconsorcial voluntária – 4. Litisconsórcio necessário: 4.1 Conceito; 4.2 Casos de litisconsórcio necessário. Exame do direito brasileiro. A relação entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário; 4.3 Do litisconsórcio necessário ativo; 4.4 Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado – 5. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada.

1. DELIMITAÇÃO DA EXPOSIÇÃO¹

Os limites impostos pela seleção para a obtenção do título de livre-docência impõem que se faça uma delimitação, também, do tema a ser enfrentado. Assim, por opção, a análise restringir-se-á ao direito brasileiro. Considerações de direito estrangeiro ou *de lege ferenda* serão feitas incidentalmente.

2. CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO

Há litisconsórcio sempre que houver uma pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual. Pode haver litisconsórcio e cumulação de demandas, como é o caso do litisconsórcio formado por quem se afirma titular de situações jurídicas homogêneas – possíveis credores de um banco, por exemplo.

Mas nem sempre há cumulação de demandas quando houver litisconsórcio. No caso de litisconsórcio unitário, adiante examinado, há uma demanda, cujo objeto é discutido por mais de um sujeito.

O litisconsórcio pode formar-se concomitantemente à formação do processo – neste caso, será chamado litisconsórcio inicial. É possível, porém, que o litisconsórcio forme-se quando o processo já estiver pendente – neste caso, litisconsórcio ulterior ou superveniente.

O litisconsórcio ulterior pode ocorrer em uma destas situações: (a) conexão: a reunião dos processos conexos pode implicar a formação de um litisconsórcio; (b) sucessão: o falecimento de uma parte pode gerar o surgimento de uma pluralidade de partes (por exemplo: réu falecido que é sucedido por seus herdeiros); (c) intervenção de terceiro: algumas modalidades de intervenção de terceiro têm, por efeito, exatamente, a formação de um litisconsórcio ulterior, como são os casos do chamamento ao processo e da oposição.

¹ Como se trata de transcrição da prova escrita do concurso para livre-docência, a referência às obras de outros autores, ao longo do texto, é feita de maneira sintética, sem a observância das regras de citação para artigos em periódicos. Para manter a fidedignidade da transcrição, o autor optou por não fazer esta correção.

O litisconsórcio ulterior deve ser visto, porém, com reservas, pois pode comprometer a razoável duração do processo.

3. O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

3.1. CONCEITO

Há litisconsórcio unitário quando o órgão jurisdicional tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

É preciso destacar dois trechos do conceito apresentado.

Primeiro, a decisão uniforme é a de mérito. Pode acontecer de, nada obstante a unitariedade do litisconsórcio, haver decisão que não examine o mérito em relação a um dos litisconsortes – que, por exemplo, pode ter desistido do processo, enquanto, para os demais, a decisão seja de mérito. Agora, se o mérito for julgado, há de ser da mesma maneira para todos os litisconsortes (neste sentido, Dinamarco, *Litisconsórcio*, Malheiros).

O segundo ponto a destacar é a imperatividade da decisão uniforme. O órgão jurisdicional tem de decidir de modo uniforme, não porque assim reputa mais justo; a decisão tem de ser uniforme em razão da natureza da relação jurídica submetida à apreciação jurisdicional. Este ponto é importantíssimo para a identificação do litisconsórcio unitário.

A unitariedade do litisconsórcio é uma consequência da natureza da relação jurídica substancial deduzida. Somente se pode verificar se o litisconsórcio é ou não unitário após examinar-se o objeto litigioso do processo. A unitariedade é mais uma das manifestações que a relação jurídica deduzida pode causar no processo. O vínculo direito material-processo revela-se, aqui, claramente (cf., a propósito, Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, Forense; Dinamarco, *Litisconsórcio*, Malheiros; Bedaque, *Direito e processo*, Malheiros).

Se os litisconsortes discutem, em juízo, uma relação jurídica incindível, o litisconsórcio é unitário. É preciso registrar os pressupostos para que o litisconsórcio seja unitário:

- a) Os litisconsortes devem discutir, conjuntamente, a relação jurídica deduzida.
- b) Essa discussão conjunta deve dizer respeito a uma única relação jurídica. Se os litisconsortes discutem conjuntamente mais de uma relação jurídica, não há litisconsórcio unitário.
- c) Não basta que a discussão conjunta restrinja-se a uma relação jurídica. É preciso que esta relação jurídica seja indivisível. Elucidativo, para perceber este aspecto, é o exame do litisconsórcio quando a relação jurídica afirmada for uma obrigação solidária. Nestes casos, havendo litisconsórcio, está-se diante de uma discussão conjunta de uma única relação jurídica. Sucede que a obrigação solidária pode ser divisível ou indivisível. A obrigação solidária de pagamento de quantia é divisível; a de entrega de um cavalo, indivisível. Assim, nem sempre a solidariedade implicará unitariedade. Mas pode haver unitariedade se se discutir em juízo obrigações solidárias – quando forem indivisíveis.

Ora, se os litisconsortes discutem uma relação jurídica indivisível (a *res in iudicium deducta*), não há como a decisão sobre ela (decisão de mérito) ser diferente para esses litisconsortes.

Não obstante sejam vários, formem uma pluralidade, os litisconsortes serão tratados como se fossem um único sujeito; serão tratados como unidade.

3.2. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E LITISCONSÓRCIO SIMPLES OU COMUM

O conceito de litisconsórcio comum é antitético ao conceito de litisconsórcio unitário.

Há litisconsórcio comum (ou simples), quando a decisão de mérito puder ser diferente para os litisconsortes. A simples possibilidade de a decisão de mérito ser diferente já torna comum o

litisconsórcio.

Essa situação ocorre nos casos em que cada litisconsorte discute uma das relações jurídicas deduzidas em juízo – nos casos em que há cúmulo de demandas –, ou nos casos em que, embora discutam apenas uma relação jurídica, esta é cindível, conforme visto.

Há uma situação prática que costuma causar, aos mais desavisados, certo assombro. Trata-se do litisconsórcio formado por sujeitos que se afirmam titulares de situações jurídicas homogêneas ("situações jurídicas isomórficas", "situações jurídicas repetitivas"). Este litisconsórcio, formado em razão da afinidade entre as situações jurídicas afirmadas (art. 46, IV do CPC) pelos litisconsortes, é simples; há tantas relações jurídicas afirmadas quantos sejam os litisconsortes. A decisão de mérito, nada obstante a homogeneidade das questões, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes. Esta situação, que pode parecer estranha, pois, diante de situações semelhantes, a decisão deveria ser a mesma, nada tem de anormal.

Primeiro, a sentença de mérito, que resolvesse as diversas situações afirmadas, teria diversos capítulos – haveria diversas decisões reunidas formalmente em um único documento. Não se trata de uma única decisão para todos os litisconsortes: trata-se de várias decisões semelhantes para cada um dos litisconsortes.

Segundo, nada impede, em processos como este, que um dos litisconsortes renuncie à sua pretensão (art. 269, V do CPC), transija com o réu (art. 269, III do CPC) ou que este reconheça a procedência do pedido de apenas um dos demandantes. Em todas estas situações, haverá decisão de mérito para um dos litisconsortes, sem que seja dada, necessariamente, a mesma solução para os demais litisconsortes. Pode-se afirmar que todo litisconsórcio por afinidade é simples (cf., Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, Forense). A assertiva é importante para um tempo em que se cogita a construção de um modelo de processo adequado para a solução das causas repetitivas.

3.3. O REGIME DE TRATAMENTO DOS LITISCONSORTES

A identificação do litisconsórcio como unitário ou simples depende, como se viu, da análise da relação jurídica substancial deduzida. Depende, como se vê, da existência de um processo em que o litisconsórcio já se tenha formado. Trata-se, assim, de uma classificação do litisconsórcio que opera em um "segundo momento", como afirma Dinamarco: após a formação do litisconsórcio.

O enquadramento do litisconsórcio como unitário ou simples apenas definirá qual será o regime jurídico de tratamento dos litisconsortes. Este é o principal papel que esta distinção exerce, sendo, na verdade, a própria razão de ser desta divisão.

Para que se possa compreender como se estrutura este regime jurídico, é preciso, antes, apresentar uma classificação dos comportamentos das partes, utilíssima para a compreensão do tema. Sugere-se, aqui, a proposta feita por Barbosa Moreira (*Litisconsórcio unitário*, Forense), seguida por Cândido Dinamarco (*Litisconsórcio*, Malheiros).

As condutas das partes podem ser divididas em condutas alternativas e condutas determinantes.

Condutas alternativas são ações ou omissões da parte que tem, por objetivo, alcançar uma situação mais favorável a quem as pratica. São alternativas exatamente porque este resultado favorável, embora desejado, não ocorrerá necessariamente. São exemplos de condutas alternativas: recorrer, alegar, contestar, requerer a produção de prova etc.

Condutas determinantes são as ações e omissões das partes que a colocam em uma situação desfavorável. São determinantes exatamente porque levam, inexoravelmente, à situação desfavorável. São exemplos: não recorrer, confessar, desistir, renunciar etc.

A partir desta diferenciação, pode-se apresentar o regime de tratamento dos litisconsortes, que obedecerá, basicamente, a três regras – o art. 48 do CPC brasileiro não traz esta sistematização e, por

isso, recebe críticas doutrinárias.

1.ª regra. A conduta determinante de um litisconsorte não pode prejudicar o outro. Se o litisconsórcio for simples, a conduta determinante do litisconsorte o prejudica; se unitário, a conduta determinante de um litisconsorte somente será eficaz se todos os litisconsortes a ela aderirem – de fato, não há eficácia em uma renúncia ao direito apresentada por um litisconsorte unitário, se os demais litisconsortes também não renunciarem: o direito discutido é apenas um e indivisível; ou todos renunciam a ele, ou não se pode homologar a renúncia apresentada por apenas um.

2.ª regra. A conduta alternativa de um litisconsorte unitário aproveita ao outro. Assim, o recurso de um litisconsorte serve ao litisconsorte que não recorrer – art. 509 do CPC.

3.ª regra. A conduta alternativa de um litisconsorte simples apenas a ele beneficia. Assim, o recurso de um litisconsorte simples não expande os seus efeitos ao litisconsorte que não recorreu.

Essa terceira regra merece, porem, algumas considerações.

a) O parágrafo único do art. 509 do CPC permite a extensão dos efeitos de um recurso interposto por um devedor solidário ao outro devedor, também réu, que não recorreu, se a defesa for comum. Como visto, pode acontecer de a solidariedade implicar litisconsórcio simples – quando a obrigação for divisível. Tem-se, aqui, então, um caso em que, por expressa previsão legal, a conduta alternativa de um litisconsorte simples pode beneficiar o outro litisconsorte.

b) A prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo – princípio de aquisição processual da prova, bem conhecido. Trata-se de conduta alternativa, que, a despeito de ter sido praticada por um litisconsorte simples, a todos aproveita. De fato, não há como o juiz, na decisão, dizer que o mesmo fato, para um litisconsorte, está provado e, para o outro, não.

c) O art. 320, I, do CPC, determina que a presunção de veracidade dos fatos afirmados, efeito material da revelia, não se produz em desfavor do revel, se o litisconsorte tiver apresentado a contestação. A aplicação do dispositivo ao litisconsorte unitário é indubitosa; já em relação ao litisconsórcio simples, a regra pode ser aplicada desde que restrita aos fatos comuns aos litisconsortes. Assim, se um dos litisconsortes, ainda que simples, contestar a ocorrência de um fato afirmado pelo autor, e este fato for comum ao revel, não se aplicará a presunção de veracidade apenas em relação a este fato, que, de resto, foi impugnado. Aqui, do mesmo modo, não poderia o órgão jurisdicional dizer, na decisão, que o fato ocorreu para um e não ocorreu para o outro.

3.4. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E COLEGITIMAÇÃO

Há uma estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a colegitimação. Há colegitimação quando mais de um sujeito tiver legitimidade para discutir em juízo uma mesma situação jurídica. Exatamente o que ocorre em todos os casos de litisconsórcio unitário. Frise-se, porém, que pode haver colegitimação sem que haja unitariedade, como no caso do litisconsórcio formado por sujeitos que se afirmam credores solidários de obrigação divisível.

Este ponto não é tão disseminado no estudo do litisconsórcio unitário, embora seja importantíssimo. A colegitimação (ou legitimação concorrente) pode ocorrer em três situações.

a) Colegitimação ordinária: há vários sujeitos titulares do direito discutido; trata-se de direito com muitos sujeitos ativos. Cada um destes sujeitos tem legitimidade para conduzir o processo em que se discuta esse direito. É o caso dos condôminos na ação para proteção do condomínio. Caso de litisconsórcio unitário, como se vê.

Um ponto importante, neste primeiro caso de colegitimação, é que, se um dos litisconsortes for a juízo, irá na defesa de direito próprio (ele também se afirma titular) e alheio (o direito não é só dele). Surge uma situação em que há legitimidade ordinária e extraordinária, simultaneamente. O termo foi bem examinado por Donaldo Armelin (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, Revista dos Tribunais).

b) Há colegitimação, também, entre um legitimado ordinário e um legitimado extraordinário. Quando surgir um litisconsórcio nestas situações, será ele sempre unitário. É o que ocorre nos casos de

litisconsórcio entre Ministério Público e incapaz, na ação de alimentos, ou entre denunciante e denunciado, em relação à demanda principal, quando há denunciação da lide; é o que também ocorre no litisconsórcio entre alienante e adquirente de coisa litigiosa (cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Alienação da coisa litigiosa, Forense).

c) Há ainda colegitimação entre legitimados extraordinários, como ocorre entre os legitimados para as ações coletivas. Quando ocorre um litisconsórcio entre colegitimados extraordinários, será ele sempre um litisconsórcio unitário.

3.5 DISTINÇÕES

3.5.1 *Litisconsórcio unitário e assistência litisconsorcial*

A assistência litisconsorcial é caso de formação ulterior de litisconsórcio unitário. O assistente litisconsorcial é litisconsorte unitário do assistido. A assistência litisconsorcial é, em suma, a formação posterior de um litisconsórcio unitário, que era facultativo – o exame do litisconsórcio facultativo unitário será feito mais à frente. Segue-se, neste ponto, a lição de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Luiz Fux, apenas para exemplificar.

Cândido Dinamarco, porém, não equipara as figuras, embora reconheça que o regime do assistente litisconsorcial é o da unitariedade. Para Dinamarco, o assistente litisconsorcial não é litisconsorte, pois não formula pedido nem tem contra si pedido formulado. A questão está, pois, no que se entende como litisconsorte-parte principal.

Se se entende que litisconsorte, como parte principal, é todo aquele que esteja em um dos polos da relação processual, como sujeito do contraditório, atuando com parcialidade, não há qualquer obstáculo teórico em considerar o assistente litisconsorcial como litisconsorte – no caso, unitário.

3.5.2 *Litisconsórcio unitário e intervenção litisconsorcial voluntária*

Intervenção litisconsorcial voluntária é designação que aparece, na doutrina processual, com duas acepções:

- a) Como sinônimo de assistência litisconsorcial. Neste sentido, todas as considerações foram feitas no item anterior.
- b) Como litisconsórcio ulterior facultativo ativo simples. Trata-se, aqui, de pedido de intervenção para tornar-se litisconsorte simples, do autor, em razão da afinidade das situações jurídicas. Litisconsórcio simples, portanto.

Esta intervenção não está consagrada no Código de Processo Civil, nada obstante seja comum no foro. Tradicionalmente, a doutrina repelia esta intervenção, sob o fundamento de que, por meio dela, se buscava escolher o juízo da causa e, assim, burlar o princípio do juiz natural. Há diversas decisões neste sentido, inclusive do STJ.

Ultimamente, porém, doutrinadores têm encarado esta figura com mais tolerância, admitindo-a, sob certas condições, como mecanismo de concretização do princípio da igualdade (situações semelhantes devem ter tratamento semelhante) e da duração razoável do processo (situações semelhantes devem ser examinadas por um mesmo juízo para fins de economia). Nesta linha, com algumas variações, Leonardo Greco, Cândido Dinamarco, Luiz Paulo Araújo Filho e Cassio Scarpinella Bueno.

Trata-se, sem dúvida, de uma movimentação doutrinária que decorre da necessidade histórica, que se vive no Brasil, de dar um tratamento dogmático mais adequado às chamadas demandas repetitivas ou demandas de massa.

É certo, porém, que o art. 10, § 2.º, da Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), ao proibir a entrada de litisconsorte após o despacho inicial, acaba por permiti-la até este momento – em interpretação *contrario sensu*, que parece ser legítima. Ao que tudo indica, a nova doutrina exerceu forte influência nesta inovação legislativa.

4. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

4.1 Conceito

A pluralidade de sujeitos em um dos polos do processo pode resultar de uma conveniência dos litigantes ou pode ser uma imposição legal. Quando a formação do litisconsórcio for obrigatória, fala-se que ele é necessário: a formação do litisconsórcio independe da vontade das partes. Caso contrário, o litisconsórcio será facultativo.

A identificação dos casos em que o litisconsórcio é necessário depende do exame do direito positivo. A solução é normativa, não teórica. Cada ordenamento pode definir os casos em que se reputa indispensável a formação do litisconsórcio.

No litisconsórcio necessário, ocorre o que a doutrina convencionou chamar de legitimação conjunta – a presença de todos os litisconsortes, no processo, é indispensável para o desenvolvimento válido do processo.

Convém lembrar, ainda, que essa divisão do litisconsórcio opera-se na formação do litisconsórcio – num “primeiro momento”, como afirma Dinamarco.

4.2 Casos de litisconsórcio necessário. Exame do direito brasileiro. A relação entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário.

A identificação das hipóteses de litisconsórcio necessário, no direito brasileiro, é, indiscutivelmente, um dos temas mais polêmicos que a edição do Código de Processo Civil de 1973 pôde propiciar – tudo por causa da redação ruim do art. 47 do CPC.

Após quase quarenta anos, já há um certo consenso em torno do assunto. Este consenso deve-se, sobretudo, aos trabalhos doutrinários de Barbosa Moreira e Cândido Dinamarco. As considerações seguintes tomam por base esta doutrina.

De acordo com a letra do art. 47 do CPC, há litisconsórcio necessário quando o juiz tiver de decidir de modo uniforme o mérito e, ainda, quando houver expressa previsão legal.

Assim, ainda de acordo com o dispositivo, há duas espécies de litisconsórcio necessário: (a) quando for unitário; (b) por disposição de lei. Nesta ordem, o litisconsórcio unitário seria uma espécie de litisconsórcio necessário: todo litisconsorte unitário seria necessário. Além disso, haveria o litisconsórcio necessário por força de lei, que, como bem percebeu Dinamarco, costuma ser simples: se o caso fosse de litisconsórcio unitário, recairia na regra geral e, assim, não haveria necessidade de uma menção específica do legislador – embora, certamente, não seja de estranhar se o legislador, quando reafirmar a regra geral, preveja expressamente a necessidade do litisconsórcio em caso que redundaria em litisconsórcio unitário. Nesta linha, nem todo necessário é unitário. São exemplos de litisconsórcio necessário simples, por força de lei: confinantes na ação de usucapião imobiliária e os casos do art. 10, § 1.º, do CPC.

O problema é que, como bem percebeu a doutrina, há inúmeros casos de litisconsórcio unitário facultativo. Ou seja: há inúmeras hipóteses de litisconsórcio unitário cuja formação não é obrigatória. Alguns exemplos: litisconsórcio entre condôminos para a ação em que se busca a proteção do condomínio; litisconsórcio entre credores de obrigação indivisível (art. 291 do CPC); litisconsórcio entre legitimados ao processo coletivo; litisconsórcio entre acionistas para a demanda em que se pretende invalidar ato da assembleia. Em todos esses casos, o litisconsórcio, embora unitário, é facultativo.

O texto do art. 47 do CPC, está, pois, em dissonância com todo o ordenamento jurídico.

Ressalvadas posturas isoladas (por exemplo: Ovídio Batista), há consenso de que nem todo litisconsórcio unitário é necessário.

São classificações distintas, que operam em momentos distintos, como visto, e não podem ser confundidas.

Registre-se que a doutrina brasileira avançou muito neste tema, desenvolvendo um sistema conceitual muito preciso para identificar ambas as figuras. Na Europa, ainda, aparece esta confusão entre o litisconsórcio unitário e necessário, de que serve de exemplo o recente Código de Processo Civil suíço.

De fato, é absolutamente compreensível que, em razão da unitariedade, todos os sujeitos da relação jurídica discutida devam fazer parte do processo. Daí a aproximação entre a unitariedade e a necessidade do litisconsórcio. Trata-se, inclusive, de uma concretização do princípio do devido processo legal, especificamente do seu corolário, o princípio do contraditório.

Sucedem que há, também, boas razões para facultar o litisconsórcio, mesmo em situações de *unitariedade*. Isso como uma concretização do também princípio constitucional do acesso à justiça. Alguns exemplos para ilustrar o ponto: (a) a tutela coletiva ficaria certamente inviabilizada se a ação coletiva somente pudesse ser ajuizada por todos os legitimados extraordinários, em litisconsórcio necessário; (b) um condômino não pode ser obrigado a somente poder ir a juízo, defender um bem que lhe pertence, se o outro condômino for com ele – o direito de acesso à justiça do primeiro condômino estaria sendo ofendido gravemente.

A dificuldade maior encontrada pela doutrina é definir o critério para a identificação do litisconsórcio unitário facultativo.

É certo que este fenômeno ocorre, no mais das vezes, no polo ativo da relação processual – para Dinamarco, “quase que exclusivamente”. Isso porque não se pode admitir o litisconsórcio necessário ativo – o tema, bastante controvertido, será examinado mais adiante. Assim, sempre que a unitariedade ocorrer no polo ativo, o litisconsórcio será facultativo. Não é por acaso, certamente, que a quase totalidade dos exemplos de litisconsórcio unitário facultativo, citados pela doutrina, está no polo ativo. Também não é por acaso que a quase totalidade dos exemplos de assistência litisconsorcial, citados pela doutrina, se refira ao polo ativo – o que reforça a aproximação, feita em item anterior, entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio facultativo unitário.

Convém, no entanto, mencionar alguns exemplos de litisconsórcio facultativo unitário passivo: (a) litisconsórcio entre réu, denunciante e denunciado à lide; (b) litisconsórcio entre o adquirente da coisa litigiosa e o réu-alienante, que permaneceu no processo em razão de o autor, sem adversário, não ter consentido com a sucessão processual (art. 42 do CPC; a propósito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*Alienação da Coisa Litigiosa*”, Forense).

Não se pode ignorar, ainda, que a existência de litisconsórcio facultativo unitário causa grande problema em relação à extensão ou não da coisa julgada material ao possível litisconsorte unitário que não participou do processo. O tema é delicado e merece, por isso, item próprio, mais à frente.

4.3 Do litisconsórcio necessário ativo

Não existe litisconsórcio necessário ativo.

Esta peremptória afirmação é, como cediço, bem polêmica. Há farta doutrina que admite a existência do litisconsórcio necessário ativo. Apenas para exemplificar: Cândido Dinamarco, Jose Roberto dos Santos Bedaque, Arruda Alvim, Nelson Nery Júnior, Mathias Lambauer etc. Todos, sem exceção, admitem que o litisconsórcio necessário ativo deve ser visto como situação rara e excepcional.

Para Dinamarco, os casos em que houver cotitularidade de direito, que dependa do consenso dos titulares para ser exercido, impõem o litisconsórcio ativo. Dá o exemplo da ação edilícia, que deve ser ajuizada por todos os compradores.

Não parece que se deva impor um litisconsórcio ativo, mesmo nesses casos.

São duas razões, muito singelas, como se reconhece.

Primeiro, não se pode condicionar o ingresso em juízo à vontade de outra pessoa. O sujeito não pode ter seu direito de ação tolhido somente porque o outro sujeito não quer demandar. Há quem contraponha esse argumento com a referência à necessidade de consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária. Haveria, aí, um condicionamento do direito de ação, em hipótese clara de litisconsórcio ativo necessário (neste sentido, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v.2, Saraiva). Não parece ser procedente esta objeção. Em primeiro lugar, porque pressupor consentimento não é o mesmo que obrigar a demandar conjuntamente. Um exemplo prosaico talvez esclareça: supondo que o filho deva pedir consentimento ao pai ou mãe para sair à noite, isto não pode ser o mesmo que obrigar o pai a sair a com o filho. O cônjuge, uma vez autorizado, pode demandar sozinho nestes casos. Em segundo lugar, como técnica para proteger o direito de ação, o legislador permite que o juiz supra a falta de consentimento nos casos em que ele não puder ser oferecido (por exemplo: cônjuge em coma) ou não for dado se justa razão. Ver, a propósito, os arts. 11 do CPC, e 1.148 do CC.

O segundo argumento contra a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo é que não se pode obrigar alguém a demandar sem que esta seja a sua vontade. Seria grave ofensa ao direito fundamental da liberdade impor que alguém seja autor em juízo.

Nelson e Rosa Nery, que admitem a existência do litisconsórcio ativo necessário, nos casos em que ele é unitário, em razão da cotitularidade do direito discutido, apresentam solução para os contra-argumentos aqui apresentados.

Defendem que um dos sujeitos pode demandar sozinho, desde que ponha aquele que se recusou a demandar como réu. Ou seja: aquele que deveria ser autor, porque não quis sê-lo, deve tornar-se réu. A solução, embora criativa, possui sérios problemas lógicos.

Se alguém demanda sozinho, litisconsórcio ativo não há. Como os próprios autores disseram, o "litisconsorte recalcitrante" será réu, ao lado do outro sujeito, que seria réu de todo jeito. A pluralidade de partes, neste caso, está no polo passivo, não no ativo.

Além disso, qual seria o pedido formulado contra este réu – que, diga-se, na proposta dos autores, poderá, se achar conveniente, transformar-se em litisconsorte ativo. Ou seja: este réu, uma vez demandado, poderia, por sua vontade, deixar de ser réu.

Os mesmos autores, ao final da exposição, dizem que, o que de fato importa, é que o titular do direito discutido faça parte do processo, "pouco importa o polo" onde esteja.

Como se vê, a proposta, em vez de enfraquecer, reforça o posicionamento ora defendido: não existe caso de litisconsórcio necessário ativo.

Há, de fato, porém, graves inconvenientes com a existência do litisconsórcio facultativo unitário, já apresentados em item anterior.

O direito brasileiro não cuida do tema com a atenção devida.

Há casos, como o do cônjuge, em que o legislador exige prévio consentimento do possível litisconsorte, como forma de protegê-lo. Há outros casos como na ação divisória, em que o legislador impõe a intimação de possíveis litisconsortes unitários ativos (no caso, os condôminos da coisa que se busca dividir).

A solução que se reputa mais adequada é construir, doutrinariamente, a partir da concretização dos princípios do contraditório, da igualdade e da duração razoável do processo, o dever de o órgão jurisdicional dar ciência ao possível litisconsorte unitário, que não faça parte do processo, da litispendência. Com esta informação, o possível litisconsorte assumirá a posição processual que mais bem convier aos seus interesses – litisconsorte do autor ou assistente do réu.

Trata-se de medida que garante a participação e a informação deste sujeito, sem obrigá-lo a demandar,

sem obrigar o autor a demandar contra quem não quer e, ainda, sem condicionar o direito fundamental de ação de um sujeito à vontade do outro.

Seria uma espécie de intervenção *iussu iudicis*, ampliada para além das hipóteses de litisconsórcio necessário – determinação da citação do litisconsorte necessário não citado (art. 47, parágrafo único, do CPC).

É solução que resolve a lacuna do direito brasileiro, a partir da eficácia integrativa dos princípios constitucionais já citados.

Para encerrar o ponto, há duas informações que merecem ser registradas, para que se possa ter uma visão ainda mais completa do tema.

O art. 114, § 2.º, da CF/1988, prescreve que os dissídios coletivos trabalhistas serão ajuizados se houver mútuo consenso entre os sindicatos. O texto é oriundo da Emenda Constitucional 45/2004. Assim, literalmente, só haveria “dissídio” consensual, o que é uma contradição em termos. Impor a um sindicato que somente proponha um dissídio coletivo se o sindicato adversário concordar, é, simplesmente, eliminar o acesso à justiça coletiva trabalhista. Não por acaso, foram ajuizadas cinco ADIns contra este dispositivo, todas com o mesmo fundamento.

Esses casos de litisconsórcio unitário ativo quando houver cotitularidade de direito são tratados, pela doutrina espanhola, de litisconsórcio quase-necessário. Não pode ser necessário, em razão das objeções levantadas, mas não pode ter o mesmo tratamento de um litisconsórcio facultativo trivial. A despeito do ilogismo da designação, a ponderação é boa e reforça a necessidade de buscar-se uma solução que conforme os princípios em conflito.

4.4 Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado

Grave problema jurídico é o de saber qual a natureza da sentença proferida contra alguém que deveria ser litisconsorte, mas não foi citado.

A solução do problema parte da premissa de que o litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. Essa sutileza é importantíssima e não é percebida pela maioria dos doutrinadores.

Se um possível litisconsorte unitário não tiver sido citado, a sentença proferida contra ele é nula, podendo ser impugnada, inclusive, por *querela nullitatis*, prevista no art. 475-L, I, do CPC. O defeito compromete irremediavelmente toda a sentença, exatamente porque a solução do mérito tem de ser uniforme.

Se, porém, for um possível litisconsorte necessário simples que não tenha sido citado, a solução é um tanto diversa.

Como se viu, quando há litisconsórcio simples, há pluralidade de relações discutidas, ou se discute uma relação jurídica individual. Nestes casos, em que o objeto do processo é composto ou pode ser decomposto, a sentença deve ser visualizada em seus diversos capítulos.

Assim, o capítulo relativo a sujeito que foi citado é um capítulo válido, sem qualquer defeito. Não há razão para invalidar a sentença na parte em que ela cuida do réu que foi citado.

O capítulo relativo ao réu não citado é ineficaz em relação a ele e pode, se for o caso, inclusive, ser invalidada – pode ser que nem exista o interesse na invalidação, resolvendo-se o problema com a simples ineficácia relativa.

O que é preciso perceber é que a não citação de litisconsorte necessário simples não compromete todo o processo e, por consequência, toda a sentença.

Trata-se de solução desenvolvida pela doutrina alemã, difundida no Brasil por diversos autores, como Willis Santiago Guerra Filho, cuja tese de doutorado trata do tema, Marcos Bernardes de Mello, dentre outros.

Parece, inclusive, que é a orientação que vem sendo seguida nas discussões em torno do projeto do Novo Código de Processo Civil, ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

5. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO E COISA JULGADA

Como visto, há casos em que o litisconsórcio unitário é facultativo. Viu-se, ainda, que o direito brasileiro resolve o tema a contento.

O núcleo do problema é a disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada: a coisa julgada se estende ao possível litisconsorte unitário que não participou do processo?

Há três correntes doutrinárias:

a) Há quem defenda que não se estende (Eduardo Talamini). Assim, nada obstante a unitariedade, a decisão de mérito não vincula o possível litisconsorte. Essa solução compromete o princípio da igualdade, pois o réu poderia ser demandado tantas vezes quantos fossem os possíveis litisconsortes – e, se vier a perder em uma dessas investidas, o resultado beneficiará àquele que já tinha proposto a demanda e que não saiu vitorioso.

b) A outra solução é a que admite a extensão da coisa julgada ao possível litisconsorte unitário. É a posição de Barbosa Moreira e Ada Grinover, que mudou recentemente seu entendimento (antes, adotava a primeira concepção). Como visto, nos casos de litisconsórcio facultativo unitário, há legitimação extraordinária. Conforme autorizada e clássica doutrina (Chiovenda), a coisa julgada produzida em processo conduzido por legitimado extraordinário estende-se ao substituído, salvo se houver expressa previsão em sentido contrário. Havendo legitimação extraordinária, inverte-se a regra do art. 472 do CPC: a coisa julgada se estende ao substituído, atinge terceiro, salvo exceção (por exemplo: art. 271 do CC). Do contrário, a legitimação extraordinária perderia sua utilidade. Essa é a posição ora adotada: se há unitariedade, a decisão tem de ser a mesma para todos e tem de ser única; permitir que se traga a juízo novamente a mesma relação jurídica é permitir o bis in idem, ofendendo a segurança jurídica, a efetividade e a igualdade.

c) Há, finalmente, a terceira corrente, que entende que somente a coisa julgada favorável deve estender-se ao possível litisconsorte unitário (assim, por exemplo, Leonardo Greco). Também não se aceita esta ideia pela mesma razão: isso permitiria que o réu, inicialmente vencedor, fosse demandado tantas vezes quantos fossem os possíveis litisconsortes, em ofensa ao princípio da igualdade.

Por isso tudo, é imprescindível que se reconheça a impossibilidade de o juiz dar ciência do processo ao possível litisconsorte unitário. Esta solução, ao que parece, resolve o problema, ponderando de maneira mais adequada os diversos valores em jogo.

CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO E O CANCELAMENTO DA SÚMULA 207/TST

JAQUELINE CORDEIRO DE LARA

Assessora Técnica do Centro de Apoio ao Fundo da Justiça – FUNJUS. Bacharel em Direito – Faculdades OPET (Curitiba-PR). Email: jaquelara@ymail.com

RODRIGO FORTUNATO GOULART

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor de Graduação e Pós-Graduação nas disciplinas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário (EMATRA IX, PUC/PR, OPET/PR). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Advogado trabalhista em Curitiba/PR. Email: rodrigo@fortunato-goulart.adv.br

Resumo: A partir da análise do Acórdão do TST nº. 219000-93.2000.5.01.0019 (RR) que provocou o cancelamento da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho, este artigo têm por objetivo examinar as regras aplicáveis aos casos de conflitos de leis trabalhistas no espaço. Com a globalização, o número de trabalhadores contratados para prestar serviços no exterior aumentou consideravelmente, colocando em voga a problemática sobre qual lei trabalhista a aplicar: se a lei do local da contratação, se a lei do país de origem ou se a lei do local da prestação de serviços. Ao final, conclui-se que as controvérsias oriundas das relações de trabalho internacionais em matéria trabalhista deverão ser resolvidas através do Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador, porém, analisadas as fontes normativas em seu conjunto, não sendo possível utilizar-se apenas dos dispositivos mais benéficos por acumulação.

Palavras chave: conflito leis trabalhistas espaço. Súmula 207 TST.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do conflito de leis trabalhistas no espaço, a partir de pesquisa investigativa com base na doutrina e na jurisprudência.

A circulação de trabalhadores de um país para outro se torna cada vez mais expressiva, e nessas circunstâncias depara-se com a autonomia de cada Estado, ou seja, a incidência de leis de soberanias distintas.

Nessas situações, qual a lei aplicável para a prestação de serviços no estrangeiro? Quando um trabalhador brasileiro é contratado em prol de uma empresa brasileira, mas para prestar serviços no exterior, qual norma deverá prevalecer? Estes são os principais questionamentos realizados dentro do presente artigo.

O intuito deste trabalho é mostrar as formas pelas quais esses conflitos normativos vêm sendo solucionados e quais os meios utilizados para se chegar a esta solução.

Em um primeiro instante, se discorrerá sobre a aplicação das normas do Direito do Trabalho, demonstrando a maneira pela qual nosso ordenamento as interpretam e a visão de integração permitida. Posteriormente, o trabalho abordará a aplicação e execução de normas na perspectiva da sua eficácia, tanto no tempo como no espaço.

A globalização do posto de trabalho é um tópico importante para compreensão do tema sugerido, uma vez que os trabalhadores buscam aprimorar seus conhecimentos e valorizar seus trabalhos no exterior. Os empregadores, por sua vez, necessitam cada vez mais de mão de obra específica de Estados distintos para aperfeiçoar e melhorar seu crescimento interno, acarretando assim, certa circulação de empregados entre países e a possibilidade de mais de uma norma trabalhista a ser aplicada.

A partir deste ponto, passa-se a observar como o Direito Internacional Privado do Trabalho tenta dirimir os conflitos de leis trabalhistas espaciais, utilizando os elementos de conexão como um meio para solucioná-los.

Ao final, abordar-se-á os critérios específicos: a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Bustamante, o Princípio da Territorialidade, a Lei n.º 7.064/1982, a aplicação da Norma Mais Favorável ao Trabalhador, e a Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho. Diga-se que esta última, em especial, exteriorizava o entendimento majoritário de aplicação do princípio da territorialidade (*Lex Loci Executionis*), sendo cancelada em 16 de abril de 2012, em decorrência dos debates travados no Acórdão n.º. RR – 219000-93.2000.5.01.0019.

A partir deste ponto, busca-se verificar qual seria o critério mais adequado para solucionar o conflito de normas trabalhistas no espaço.

2. APLICAÇÃO DAS NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Interpretação e Integração

Como relatado, quando se depara com duas ou mais normas relacionadas a uma mesma matéria, encontra-se a seguinte dificuldade: qual delas deverá ser aplicada? Para solucionar este conflito, é necessário analisar as normas sobrepostas aos casos concretos utilizando-se a interpretação, a qual pode ser feita de várias formas, segundo Sérgio Pinto Martins¹:

- a) Gramatical ou literal: verificação gramatical do sentido do texto;
- b) Lógica: estabelece conexão entre vários textos legais;
- c) Teleológica ou finalística: fim objetivado pelo legislador;
- d) Sistemática: com base no sistema no qual está inserido, sem se ater à interpretação isolada de um dispositivo, mas ao seu conjunto;
- e) Extensiva ou ampliativa: em que se dá um sentido mais amplo à norma a ser interpretada do que ela normalmente teria;
- f) Restritiva ou limitativa: sentido mais restrito à interpretação;
- g) Histórica: evolução histórica dos fatos;
- h) Autêntica: do próprio órgão que editou a norma;
- i) Sociológica: verificam-se os fins sociais para qual a lei foi criada e às exigências do bem comum.

Para o autor, além desta análise interpretativa, utiliza-se também a integração que tem o significado de completar, ou seja, o intérprete pode suprir as lacunas que existem na norma jurídica utilizando a analogia, a equidade, os princípios gerais e a doutrina². A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no seu artigo 8.º, autoriza a analogia na falta de expressa disposição legal ou convencional³.

2.2 Eficácia

Eficácia é o momento a partir do qual se aplica ou executa a norma jurídica, o instante no qual ela produz seus efeitos e o momento ao qual está submetida a estes feitos, tendo contato com os atos e os fatos expostos por esta norma⁴. A eficácia da norma jurídica se divide em: *tempo e espaço*.

A eficácia no tempo é informada por dois princípios: o princípio da irretroatividade e o princípio da aplicação imediata⁵.

O princípio da irretroatividade informa que a nova lei não se aplica aos contratos de trabalho já terminados, ou até mesmo aos atos jurídicos praticados nos contratos de trabalho em curso no dia do início de sua vigência⁶.

O princípio da aplicação imediata significa que um ato jurídico, em um contrato em curso, ainda não

1 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

2 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

3 Id., p. 47.

4 Id., p. 48.

5 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Manual de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 28.

6 Id., p. 28.

praticado, será aplicado conforme as regras da nova lei, através de um “efeito imediato”⁷.

Em regra, as leis trabalhistas no espaço tratam da vigência de uma lei no país, em seu território, aplicando-se tanto aos nacionais quanto aos estrangeiros. Significa que no território nacional a mesma lei brasileira se aplica nos contratos individuais de trabalho tanto dos brasileiros quanto dos estrangeiros.

Entretanto, como relatam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁸:

O princípio da territorialidade, porém, não é absoluto. Embora a regra geral seja a aplicação da legislação trabalhista brasileira aos brasileiros e estrangeiros que estejam trabalhando no território nacional, existem algumas leis que cuidam de situações específicas em relação aos estrangeiros.

Dentre estas situações específicas tem-se o Decreto-Lei n° 691/69 que regula o trabalho do técnico do exterior com estipulação de salário em moeda estrangeira. A CLT nos artigos 352 a 358 dispõe sobre a proporcionalidade entre nacionais e estrangeiros na empresa brasileira, porém, não se tem uma regra absoluta a ser aplicada quando se depara com a eficácia da norma no espaço.

Passa-se, assim, à análise dos conflitos em que se pretende focar neste trabalho.

3. CONFLITOS DE NORMAS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

A palavra “conflito” provém do verbo latino *conflictus*, e significa choque entre duas coisas, embate de pessoas.⁹ Segundo José Adelino Maltez¹⁰:

Trata-se de situação normal em qualquer sistema social e condição fundamental para o desenvolvimento, se o sistema dispuser de condições para a resolução dos conflitos. Podem existir os mais variados conflitos, desde os conflitos de valores aos conflitos de interesses, para não falarmos dos próprios conflitos territoriais.

Do ponto de vista trabalhista, segundo Sergio Pinto Martins, “os conflitos são também denominados controvérsias ou dissídios, tendo sido utilizados, na prática com o mesmo significado”¹¹.

Os conflitos das normas trabalhistas no espaço são decorrentes de diversos fatores, tais como, o deslocamento de trabalhadores de um país para outro em decorrência da mão de obra, em razão da necessidade técnica de estrangeiros, para o aperfeiçoamento nos transportes, a internacionalização do comércio, o aumento da filiação das empresas ou outras formas de relações que possam ocorrer¹².

Estes conflitos ocorrem porque há mais de uma norma aplicável a determinada relação jurídica trabalhista. Neste sentido, Vecchi¹³ esclarece que:

Com a integração econômica cada vez maior, tendo em vista os postulados da globalização, cada vez tende a se tornar mais comum o conflito de normas jurídicas a serem aplicadas

7 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Manual de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 28.

8 Id., p. 28.

9 MALTEZ, José Adelino. Tópicos Jurídicos e Políticos. Conflito. Disponível em: <<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Conflito.htm>> Acesso em 18 out. 2012.

10 Id.

11 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

12 LEDEL, Daiana Vasconcellos. Aspectos de Direito Internacional Privado do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 442, 22 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5731>>. Acesso em 18 out. 2012.

13 VECHI, Ipojuca Demétrius apud BITENCOURT, Manoela de. Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço: o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1., 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.

em um caso concreto, pois trabalhadores podem ser contratados em Estados diversos para prestar serviços em outros estados.

É neste contexto que devemos mencionar a globalização, pois este é o um dos principais geradores dos atuais conflitos trabalhistas no espaço, ou seja, a constante internacionalização das empresas tem modificado o âmbito da aplicação das normas trabalhistas.

3.1 Globalização

A mão de obra mais qualificada, a redução das tarifas alfandegárias e a aproximação entre os países, tem atraído o deslocamento dos trabalhadores para o exterior¹⁴. Neste sentido Rosani Portela Correia¹⁵ afirma que:

A inserção no mercado globalizado requer algo mais do que a simples utilização de uma mão-de-obra qualificada. Exige-se a aplicação criativa do conhecimento ao trabalho, que revela na adequação a uma realidade plenamente nova, onde a expansão do conhecimento qualificado e a produção criativa são requisitos para o acesso e a permanência no mercado de trabalho.

Valem ainda, os ensinamentos de Sergio Pinto Martins¹⁶:

O capital tem uma mobilidade muito grande. Fala-se que não tem pátria, pois irá para onde melhor possa obter lucros, no local em que os custos, inclusive trabalhistas, sejam menores. O trabalho não tem a mesma mobilidade do capital, mais tem tido mobilidade. Trabalhadores de um país passam a prestar serviços em um ou em outros países.

Esta situação fica clara quando se visualizam diversos grupos internacionais que operam em distintos países, com fusões de empresas internacionais, o que acarreta uma circulação de trabalhadores e existência de mais de uma norma aplicável¹⁷.

Para Amauri Mascaro Nascimento¹⁸, ao tratar de relações internacionais de trabalho:

O trabalhador, em outro país e como estrangeiro, pode estar submetido, dependendo do caso a até três ordenamentos jurídicos, o do Estado em que está prestando serviço, o do seu país de origem e o do ordenamento supranacional internacional, em alguns casos comunitários. A mobilidade do capital tem atuado no sentido de provocar a aplicação desses deslocamentos e a necessidade de estabelecer as regras que serão aplicáveis.

A partir deste momento, o Direito Internacional Privado do Trabalho e os elementos de conexão são utilizados como mecanismos para solucionar os conflitos trabalhistas no campo espacial.

4. CRITÉRIOS GENÉRICOS PARA SOLUCIONAR OS CONFLITOS DE LEI TRABALHISTA NO ESPAÇO

Como sabido, cada país tem um sistema de direito positivo aplicável sobre seu território, e o Direito Internacional Privado é um dos ramos que tenta resolver os conflitos de lei no espaço.

14 BITENCOURT, Manoela de. Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço: o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1., 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.

15 CORREIA, Rosani Portela. Reflexos da Globalização nas Relações de Trabalho Perante o Estado Democrático de Direito. Diké Revista Jurídica. Ilhéus: UESC. ano 1. 1999. p. 88.

16 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 35.

17 Id., p. 35.

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

Haroldo Valladão¹⁹ aduz que:

O Direito Internacional Privado visa solucionar o conflito de lei no espaço, isto é, regular os fatos em conexão, no espaço com leis autônomas e divergentes. É, pois, o direito que rege os fatos em transação, girando através do espaço ao redor de leis diversas ou os fatos situados entre leis espacialmente contrárias ou o direito que concerne à atividade de uma lei além de sua órbita, além do território, além das pessoas, para que foi feita. Poder-se-ia chamar também direito translático ou direito interespacial, teoria da extra-atividade das leis, direito interjurídico, direito intergrupar (...). Sua missão é regular o intercâmbio humano através de vários direitos positivos autônomos e divergentes, assegurando a continuidade jurídica dos indivíduos que passam dum para outro. É o anjo da guarda dos viajantes, dos indivíduos estranhos, de outra terra, nacionalidade, origem, domicílio, religião (...).

Para Strenger "(...) de modo geral, o objeto fundamental do direito internacional privado é o conflito de leis (...)"²⁰, mencionando ainda que "a tarefa do direito internacional privado é procurar qual solução adequada para resolver um conflito de leis no espaço"²¹.

Importante também as considerações de Marco Aurélio Aguiar Barreto²²:

Não se decide quem tem razão na relação jurídica a qual se instalou o conflito de leis por intermédio das normas de direito internacional privado, pois sua função é apenas indicar quais leis nacionais de países diferentes devem ser aplicadas para a resolução de cada litígio.

Entretanto, sabe-se que são necessárias adaptações às regras de Direito Internacional, pois estamos tratando de conflitos de leis no campo trabalhista.

Segundo Nicolas Valticos, são dois os precursores da criação de uma legislação internacional do trabalho:

o inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grand.²³

O Direito Internacional Público se destina a regular os vários ordenamentos jurídicos nacionais e as relações entre os mesmos, e ao Direito Internacional Privado compete analisar também os conflitos de leis. Ambos os campos do Direito mencionados usam os elementos de conexão para melhor dirimir os conflitos.

Os elementos de conexão são empregados para tentar suprir as antinomias entre as várias normas que se aplicam a um caso concreto, por isso, são indicados por autores como meio para solucionar os conflitos de normas trabalhistas no espaço.

Haroldo Valladão²⁴ define os elementos de conexão como "as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponta para a solução dos conflitos de leis, em linguagem atual são os mísseis que põem em órbita a regra de Direito Internacional Privado". Irineu Strenger²⁵ esclarece que o elemento de conexão é um "fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o Direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico". Sergio Pinto Martins²⁶ ainda explica que os "elementos de conexão são expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capaz de permitir a determinação do Direito que deve tutelar a relação jurídica em

19 VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. p. 04.

20 STRENGER, Irineu. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 30.

21 Id., p. 30.

22 BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. A Competência da Justiça Trabalhista Brasileira Perante os Conflitos de normas no Espaço: Princípios da Territorialidade e da Lex Loci Executionis. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. São Paulo: IOB Thomson, ano 17, n. 207, set. 2006. p. 56.

23 VALTICOS, Nicolas apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89.

24 VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970. p. 266.

25 STRENGER, Irineu apud MARTINS, Sérgio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 21.

26 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 21.

questão”.

Enunciados tradicionalmente em latim, os elementos de conexão mais conhecidos são²⁷:

- a) *Lex patriae*: lei da nacionalidade da pessoa física;
- b) *Lex domicilii*: lei do domicílio;
- c) *Lex loci actus e locus regit actus*: lei do local da realização do ato jurídico;
- d) *Lex loci contractus*: lei da celebração do contrato;
- e) *Lex loci solutionis*: lei do local onde a obrigação ou o contrato deve ser cumprido;
- f) *Lex voluntatis*: lei de escolha dos contratantes;
- g) *Lex loci delicti*: lei do lugar onde o ato ilícito foi cometido;
- h) *Lex rei sitae*: lei do local em que a coisa se encontra;
- i) *Mobilia sequuntur personam*: lei do local onde se encontra o proprietário (para bens móveis);
- j) *Lex loci celebrationis*: a lei do local da celebração rege as formalidades do casamento;
- k) *Lex monetae*: lei do local em cuja moeda a dívida está expressa;
- l) *Lex loci executionis*: lei do local onde se procede à execução forçada de uma obrigação;
- m) *Lex fori*: lei do local onde corre a ação judicial.

Estes elementos são utilizados pelos países da maneira que melhor lhes convém e variam conforme cada ordenamento jurídico, por isso, não se tem uma solução uniforme e universal sobre os conflitos de lei no espaço²⁸.

5. CRITÉRIOS ESPECÍFICOS PARA SOLUCIONAR OS CONFLITOS DE LEI TRABALHISTA NO ESPAÇO

Dentre os elementos de conexão mencionados, a lei do local da prestação de serviços, a lei do local da contratação, a nacionalidade e a norma mais favorável são os mais observados para solucionar os conflitos de lei trabalhista no espaço²⁹.

Antes de tudo é necessário esclarecer que sempre foram recorrentes as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais que envolveram as legislações aplicáveis a trabalhadores que prestam serviços no exterior, especificamente os trabalhadores que são contratados em determinada localidade, mas, posteriormente, são transferidos para outro país.

A doutrina majoritária e a jurisprudência, no decorrer dos anos, têm observado principalmente as seguintes normas:

5.1 Aplicabilidade da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Em primeira análise, aplicar-se-ia a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil), por ser uma norma vestibular a todas as outras normas não penais, consagrada pelo sistema brasileiro de Direito Internacional³⁰. Dispõe o artigo 9º da referida Lei e seus parágrafos³¹:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

27 DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 241.

28 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 21.

29 Id., p. 22.

30 STRENGER, Irineu. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 197.

31 BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. art. 9. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 1942, alterado pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2010.

Neste caso, se fosse utilizado o elemento de conexão, seria o local da celebração do contrato. Entretanto, o protecionismo universal do Direito do Trabalho (eficácia, conhecimento pelas partes, fiscalização e sanções), só é possível com a sua territorialidade³², não sendo assim aplicado na relação trabalhista.

5.2 Princípio da Territorialidade

O território é o primeiro e um dos principais elementos de conexão. Quando o território é tratado como um elemento autônomo e apto a fixar uma lei competente para regular bens ou apenas componente para outros elementos de conexão, é a localização espacial que importará. Entretanto, essa noção de que as leis do trabalho são “territoriais” é confusa, e literalmente “ninguém sabe exatamente o que isso significa”³³.

As primeiras formulações o princípio da territorialidade determinava apenas a aplicação do Direito local pela execução do direito estrangeiro³⁴. Segundo Arion Sayão Romita³⁵:

O princípio da territorialidade começou a ser estabelecido na Idade Média, para deslocar o sistema da personalidade. Afastada a lei pessoal, aos poucos triunfou o sistema contrário, em virtude do qual o direito da parte predominante dos habitantes do país vigorava para toda a população. O próprio significado latino da palavra território ajuda a compreender o alcance do sistema: lê-se em Pompônio (DIG. L. tit XVI, 239 §8) (...) em latim significa afastar, apartar, arredar, repelir, espantar, afugentar, expulsar. A ideia contida no texto do Digesto é aquela segundo a qual o magistrado, nos limites de sua jurisdição, tem o poder de afastar ou repelir interferência alheia nos assuntos de sua alçada.

O princípio da territorialidade, de certa forma, obriga o juiz a zelar pelo direito do seu Estado, afastando a aplicação do direito vigente em sua jurisdição³⁶.

Segundo Antonio Vazquez Viallard³⁷:

É clássico o princípio da territorialidade, pelo qual a norma laboral se aplica a toda relação de trabalho de direito privado que produz (executa) dentro do seu âmbito geográfico, com precedência da nacionalidade das pessoas que intervêm e do lugar da celebração do acordo.

Dentro deste contexto, verifica-se que o princípio da territorialidade é utilizado no Direito do Trabalho sob diversos enfoques, mas particularmente nos conflitos espaciais assume grande importância, pois com base neste princípio fundamentava-se o entendimento jurisprudencial até então majoritário (antiga Súmula 207/TST).

5.3 Código de Bustamante

O Código de Bustamante é fruto da Convenção de Havana de 1928 e foi introduzido no Brasil pelo Decreto-Lei n.º. 18.871/1929. Tem como objetivos uniformizar o Direito material, e regular de maneira geral as relações jurídicas internacionais de Direito Privado.

São quinze os países que o subscreveram: Brasil, Cuba, República Dominicana, Haiti, Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, Salvador, Guatemala, Chile, Bolívia, Equador, Peru e Venezuela³⁸.

32 LEDEL, Daiana Vasconcellos. Aspectos de Direito Internacional Privado do Trabalho. Biblioteca Jurídica Digital Busca Legis. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas>. Acesso em 18 out 2012.

33 ROMITA, Arion Sayão. Prestação de Serviço no Exterior: Conflito de Leis no Espaço. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p 8.

34 Id.

35 Id.

36 Id.

37 VIALARD, Antonio Vazquez. apud MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 23.

38 DIREITO INTERNACIONAL. O Código de Bustamante. Disponível em: <<http://direitointernacionall.blogspot.com.br/2008/09/o-codigo-bustamante.html>> Acesso em 18 out. 2012.

O código de Bustamante, por tratar do princípio da territorialidade, era um dos meios utilizados para dirimir conflitos de lei no espaço, em especial a trabalhista, regulando de maneira geral as relações trabalhistas internacionais.

No art. 198 do referido Código, existe a determinação expressa de que é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador.

Neste sentido, Sergio Pinto Martins³⁹ explica a utilização do código de Bustamante:

Esclarece o art. 198 do código de Bustamante que “também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador”. O contrato de trabalho é regido pela lei do local da prestação do serviço. Não se observa, portanto, a vontade das partes na celebração do contrato.

É preciso lembrar que o Código de Bustamante só se aplica nas hipóteses em que os interessados sejam os Estados Americanos que o ratificaram, não sendo observado para interesses nacionais do mesmo Estado⁴⁰.

Uma situação conflituosa surge quanto à aplicabilidade do Código de Bustamante, pois este poderia conflitar com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil), entretanto, como ensina Sergio Pinto Martins⁴¹:

A lei geral não revoga a lei especial (§2° do art. 2° da Lei de Introdução ao código civil). Assim prevalece a regra contida no art. 198 do Código de Bustamante para efeito a solução de conflitos de leis no espaço, aplicando-se a lei do local da prestação dos serviços.

Permanecia até então em vigência a aplicação do Código de Bustamante, evidenciando a lei do local de prestação do serviço (*lex loci executiones*) como a correta a ser aplicada nos conflitos de lei no espaço.

5.4 Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

Esta Súmula exteriorizava a posição majoritária de aplicação da *Lex Loci Executionis* (lei do local da prestação dos serviços), baseando-se no art. 198 do Código de Bustamante, o qual determinava a prevalência do princípio da territorialidade do Direito do Trabalho, conforme relatado. A redação da antiga Súmula 207 era a seguinte:

TST Enunciado n° 207 - Res. 13/1985, DJ 11.07.1985 – Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Relação Jurídica Trabalhista - Conflitos de Leis Trabalhistas no Espaço - Princípio da “*Lex Loci Executionis*”

A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Segundo Sergio Pinto Martins⁴²:

Um dos acórdãos que levaram à adoção da súmula n° 207 do TST tem, em parte, a justificativa de que, “em sua grande maioria, as normas relativas ao trabalho são imperativas, aspecto a relegar o plano secundário a vontade das partes”. A autonomia pertinente a esta última cede lugar à conveniência de o próprio Estado disciplinar a solução dos conflitos sociais, atento as peculiaridades reinantes e aos anseios da sociedade.

39 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos Trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 23.

40 ROMITA, Arion Sayão. Prestação de Serviço no Exterior: Conflito de Leis no Espaço. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p 10.

41 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 23.

42 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 23.

Para Henti Batiffol⁴³:

A jurisprudência foi levada a decidir que a evidente internacionalização do legislador era a aplicação de seus preceitos a todo contrato de trabalho executado em seu território. As idéias de proteção da pessoa humana que inspiram esta legislação exigem que ela seja feita, em princípio, imposta em benefício de qualquer indivíduo que trabalhe no país.

Entretanto, ressalta-se que a eficiência desta Súmula sempre foi questionada pela doutrina majoritária que indicava sua aplicabilidade de forma não absoluta, pois a mesma não resolvia todos os problemas jurídicos existentes.

Neste sentido, Francisco Antonio de Oliveira comenta que “em que pese o posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST), que a matéria há de ser sopesada prudentemente pelo julgador em cada caso concreto”⁴⁴.

Ainda, segundo Peres⁴⁵:

A concepção de que as normas do local de execução devem ser indistintamente aplicáveis aos contratos de trabalho demonstra que a jurisprudência brasileira (Enunciado n. 207) ainda está apegada a um método bilateral clássico, na contramão do direito internacional privado. Preocupa-se com um formalismo exacerbado que reputa favorável ao trabalhador, mas que, na prática, instiga inúmeras desigualdades, afastando-se da justiça material.

No mesmo sentido, Ari Beltran⁴⁶ conclui que:

O Enunciado da súmula 207, por remontar a julho de 1985, aparenta estar desatualizado, já que elaborado em período que antecedeu ao grande incremento da globalização e frente ao qual poderá mostrar-se inadequado para a solução das novas pendências.

Assim, verifica-se que a Súmula 207/TST sempre foi alvo de críticas, pois neste início de Século XXI o volume e movimento de trabalhadores entre países é consideravelmente maior do que no passado, o que levou a doutrina a afirmar que essa Súmula era inadequada para os dias atuais.

5.4.1 Cancelamento da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

Como relatado, a Súmula 207 já havia rendido várias discussões teóricas e práticas, e no dia 16 de abril de 2012, o TST optou pelo seu cancelamento.

O caso que levou a Súmula à Comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST foi o processo n° RR - 219000-93.2000.5.01.0019, entre um empregado contratado em 1982 para trabalhar como guindasteiro em uma plataforma petrolífera na costa da Angola.

O processo tramitou contra a Braspetro Oil Service Company (Brasoil), subsidiária da Braspetro Petrobras Internacional S.A., sendo que o trabalhador brasileiro teve seu contrato rescindido em 1998, nos termos da legislação local (Angola), mas ajuizou a ação trabalhista no Brasil, em que pedia a aplicação da lei brasileira, pois lhe era mais favorável (a prescrição para ajuizamento da ação trabalhista em Angola é

43 BATIFFOL, Henti apud MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51.

44 OLIVEIRA, Francisco Antonio apud SILVA, Mauricio Lentini Linhares. Súmula 219 do TST – Súmula n° 219, justa? Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 21, n. 252, dez 2010. p. 25.

45 PERES, Antônio Galvão, apud BITENCOURT, Manoela de. Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço: o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1., 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.

46 BELTRAN, ARI apud MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 31.

de um ano)⁴⁷.

Para a relatora, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, o Princípio da Territorialidade foi sendo paulatinamente substituído pela aplicação do Princípio da Norma Mais Favorável, e mesmo antes da edição da Súmula, a Lei n° 7.064/82 instituiu importante exceção à prevalência da Territorialidade. Apesar do diploma, à época, ter aplicação restrita às empresas de engenharia, aos poucos a jurisprudência passou a admitir seu aproveitamento a outros ramos de atividade.

Assim, conforme as controvérsias existentes, o Tribunal Superior do Trabalho optou pelo cancelamento da Súmula 207. A alteração é de suma importância, pois em um cenário de constante internacionalização e globalização das relações trabalhistas, segundo Marcelo Mascaro Nascimento, o cancelamento da Súmula reduz o grau de incerteza e diminui a burocracia associada à prestação de serviços para outros países.

5.5 Aplicabilidade da Lei n° 7.064/82

A Lei n°. 7.064/1982, regulamentada pelo Decreto n° 89.339/1984, dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.

Conforme mencionado, esta lei tinha aplicação restrita à “trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no exterior” (art. 1°.).

Em seu artigo 3°, inciso II, é prevista a aplicabilidade do Princípio da Norma Mais Favorável, in verbis:

Art. 3°. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

(...)

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Por sua vez, o art. 14, prevê a manutenção do Princípio da Territorialidade nos casos em que o empregado é contratado diretamente por empresa estrangeira para trabalhar no exterior, in *litteris*:

Art. 14 - Sem prejuízo da aplicação das leis do país da prestação dos serviços, no que respeitam a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador os direitos a ele conferidos neste Capítulo.

Segundo o entendimento de Arion Sayão Romita⁴⁸:

A lei perfilha, portanto, o critério da territorialidade, porém abre exceção em favor do princípio da lei mais favorável ao trabalhador: se a lei brasileira for mais favorável do que a lei do local, a primeira terá a primazia, no conjunto de normas em relação a cada matéria.

O legislador, ao observar o entendimento majoritário jurisprudencial sobre o assunto, em julho/2009 (Lei 11.962), alterou a redação do artigo 1°. da Lei n° 7.064/82 para: “Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior”. Em outras palavras, estendeu-se finalmente a aplicabilidade da lei para todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos para prestar serviços no exterior, não apenas aos engenheiros.

47 ALMEIDA, Patrícia Donati de. TST: afasta a aplicação da Súmula 207 (princípio da “Lex Loci Executionis”) e reconhece a aplicação de legislação brasileira a empregado que exerce atividades no estrangeiro. Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes. 29 set. 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110929171919534&mode=print> Acesso em 18 out. 2012.

48 ROMITA, Arion Sayão. Prestação de Serviço no Exterior: Conflito de Leis no Espaço. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 08

5.6 APLICABILIDADE DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR

É sabido que o centro de gravidade do Direito Laboral é a proteção do ser humano trabalhador, revelada, primordialmente, na aplicação das normas jurídicas. Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴⁹:

O Direito do Trabalho não adota o sistema clássico da hierarquia das normas, aplicável ao direito comum, mas sim um modelo de hierarquia dinâmica das normas, consistente na aplicação prioritária de uma “norma fundamental”, que sempre será a mais favorável ao trabalhador.

O objetivo do Direito do Trabalho é a proteção ao trabalhador, pois ele é considerado pela lei como a parte menos favorecida da relação de emprego. Por isso entende-se que diante de um contrato internacional, o correto é aplicar a lei que lhe for mais favorável, seja esta a lei a brasileira ou a estrangeira.

Ainda, conforme considerações de Arion Sayão Romita⁵⁰:

A consagração jurisprudencial do princípio da lei mais favorável ao trabalhador ocorreu na Itália. O art. 25 das disposições introdutórias ao Código Civil de 1942 dispõe que as obrigações oriundas do contrato são reguladas pela lei nacional dos contraentes, se comum; de outra forma, pela lei do lugar da celebração do contrato. Fica ressalvada, em qualquer caso, a vontade das partes em contrário. Os tribunais decidiam que essas disposições se aplicavam ao contrato de trabalho, a despeito de manifestações doutrinárias em sentido oposto. A partir de 1980, a jurisprudência deixou de observar o princípio da autonomia da vontade (liberdade de escolha, pelas partes, da lei aplicável). Em decisão de 6 de setembro de 1980, a Corte de Cassação italiana decidiu que, se a lei aplicável a um trabalho executado na Itália for menos favorável para o trabalhador do que a lei italiana é esta última que deve ser aplicada. Em outra decisão, de 9 de novembro de 1981, a Corte de Cassação aplicou a lei italiana a um contrato celebrado entre nacionais italianos, que deveria ser executado na Argentina, e para o qual as partes haviam escolhido a lei argentina, pois a lei italiana era mais favorável para o trabalhador.

Gilda Russomano⁵¹ afirma que “dever-se-ia considerar aplicável à relação jurídica, sobre a qual controvertem duas ou mais de duas leis oriundas de soberanias distintas, aquela que maiores benefícios outorgar ao trabalhador”.

Assim, se existirem várias leis a serem aplicadas, deve-se atentar aquela que for a mais favorável, pois em uma situação em que o autor presta serviços no Brasil, acabaria prejudicado após prestar serviços no exterior para mesma empresa⁵². Como menciona Georgenor de Sousa Franco Filho “o correto será verificar qual instituto tem tratamento mais favorável ao trabalhador”⁵³.

Mas entre múltiplas normas favoráveis, seria possível aplicar artigos de diversos diplomas? Quais os critérios que devem ser utilizados?

Nesse sentido, algumas teorias procuram informar caminhos de determinação da norma mais favorável a partir de processos de avaliação e seleção entre as fontes em análise, as quais se destacam: a) a Teoria da Acumulação; b) a Teoria do Conglobamento; e a Teoria do Conglobamento Mitigado.

A Teoria da Acumulação sustenta o fracionamento de diferentes instrumentos normativos (artigos, dispositivos...), retirando uma parte de cada, regra a regra, para aplicar a parte que for mais favorável

49 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Manual de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 31.

50 ROMITA, Arion Sayão. Prestação de Serviço no Exterior: Conflito de Leis no Espaço. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 15.

51 RUSSOMANO, Gilda apud MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 28.

52 MARTINS, Sergio Pinto. Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008. p. 30.

53 FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Contratos Internacionais do Trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo: Síntese, ano 23, n. 265, jun. 2011. p. 36.

isoladamente, sendo assim, o regime aplicável se torna um somatório de normas provenientes de varias fontes.

Sobre essa teoria discorre Mauricio Godinho Delgado⁵⁴:

A teoria da acumulação propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação.

Entretanto, são muitas as críticas em desfavor da Acumulação, pois a mesma desrespeitaria as características de cada instituto, fracionando e fragmentando as normas, o que acaba destoando o contexto, pois toda legislação pertence ao sistema, não sendo possível ser aplicada isoladamente⁵⁵.

Neste mesmo sentido aduz Maurício Godinho Delgado⁵⁶:

A vertente da acumulação é bastante criticável, do ponto de vista científico. É que ela claramente conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma de vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como sistema, tornando as operações de interpretação, interação e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e verticalmente submetidas à forma ideológica particular de cada operador. Mais que isso, tal teoria suprime o caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada a cada caso concreto.

Por outro lado, a Teoria do Conglobamento consagra a escolha de uma das fontes do Direito, mas esta será usada na sua globalidade, optando pela fonte mais benéfica ao trabalhador. Em outras palavras, não se pode fracionar os instrumentos normativos a serem utilizados, deve-se manter a unicidade, para que a partir daí, o intérprete consiga extrair o conjunto normativo mais favorável para solucionar os conflitos.

Maurício Godinho Delgado relata que⁵⁷:

A teoria do conglobamento, por sua vez, constrói um procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas sumamente diverso do anterior. Por essa segunda teoria não se fracionam preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerando o mesmo universo temático; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável.

Essa teoria é adotada pela jurisprudência pátria, não obstante o legislador também ter abraçado a Teoria do Conglobamento Mitigado.

Também conhecida como Teoria do Conglobamento Orgânico ou Por Instituto, a Teoria do Conglobamento Mitigado apresenta como solução a comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria sendo necessário respeitar o critério de especialização.

Para Alice Monteiro de Barros, essa proposição busca "...uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma"⁵⁸. Para a autora, esta teoria é prevista no nosso

54 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1279

55 AMBROSIO, Graziella. Conflito entre normas coletivas de trabalho. In: Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. v. 11, n. 17, 2011. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/711> Acesso em 07 nov. 2012.

56 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1279

57 Id.

58 BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 181.

ordenamento jurídico, como se refere o art 3º., inciso II da Lei nº. 7.064/1982, a qual dispõe que “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”.

6. CONCLUSÃO

Para tentar dirimir os conflitos trabalhistas no espaço, se fez necessário compreender a aplicabilidade da lei no campo do direito internacional privado e, por consequência, a maneira pela qual os elementos de conexão interagem no ramo justralhista.

Dentre os elementos de conexão, o local da prestação de serviços (que é a base do enunciado da Súmula 207/TST), teve grande relevância no âmbito de resolução dos conflitos espaciais, pois era utilizado como uma matriz normativa nacional para solucionar os conflitos existentes.

Entretanto, com o passar dos anos, a aplicabilidade desta Súmula foi gradativamente reduzida pela jurisprudência, pois deixava de garantir direitos mais vantajosos aos trabalhadores. Com efeito, passou-se a ser aplicada, analogicamente, a Lei nº 7.064/82 como meio de resolução dos conflitos espaciais, adepta à aplicação da norma mais favorável ao trabalhador (artigo 3º.).

Ao observar o entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina, a Lei nº 11.962/09 alterou o art. 1º da Lei nº 7.064/1982 estendendo para todos os trabalhadores brasileiros o direito à norma mais favorável, acarretando no cancelamento da Súmula 207/TST.

Contudo, evidenciou-se que não se pode apenas aplicar a norma mais benéfica, é necessário sua aplicação de forma razoável, para que, quando comparada, sejam analisadas as fontes normativas no seu conjunto, sendo mais favorável a uma categoria profissional ou a um conjunto de trabalhadores, não sendo possível utilizarem-se apenas os dispositivos mais benéficos por acumulação.

Diante do exposto, conclui-se que o entendimento majoritário é garantir os direitos dos trabalhadores aplicando assim a norma mais favorável, considerando que esta é a forma mais adequada para solucionar as lides espaciais. Por ser um princípio universal na esfera trabalhista, soluciona os conflitos, deixando o trabalhador em situação compatível ao empregador, e fazendo valer o efetivo papel do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Manual de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2008.
- ALMEIDA, Patrícia Donati de. **TST: afasta a aplicação da Súmula 207 (princípio da “Lex Loci Executionis”) e reconhece a aplicação de legislação brasileira a empregado que exerce atividades no estrangeiro**. Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes. 29 set. 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110929171919534&mode=print> Acesso em 18 out. 2012.
- AMBROSIO, Graziella. **Conflito entre normas coletivas de trabalho**. In: Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. v. 11, n. 17, 2011. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/711> Acesso em 07 nov. 2012.
- BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **A Competência da Justiça Trabalhista Brasileira Perante os Conflitos de normas no Espaço: Princípios da Territorialidade e da Lex Loci Executionis**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. São Paulo: IOB Thomson, ano 17, n. 207, set. 2006.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BITENCOURT, Manoela de. **Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço: o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho**. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1., 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de Setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito**

Brasileiro. art. 9. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 1942, alterado pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2010.

_____. Lei n.º 7.064, de 6 de Dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. art.3. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 dez. 1982.

CORREIA, Rosani Portela. **Reflexos da Globalização nas Relações de Trabalho Perante o Estado Democrático de Direito.** Diké Revista Jurídica. Ilhéus: UESC. ano 1. 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIREITO INTERNACIONAL. **O Código de Bustamante.** Disponível em: <<http://direitointernacionall.blogspot.com.br/2008/09/o-codigo-bustamante.html>> Acesso em 18 out. 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Contratos Internacionais do Trabalho.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. São Paulo: Síntese, ano 23, n. 265, jun. 2011.

ÍNDICE FUNDAMENTAL DO DIREITO. **Enunciados ou Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.**

Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0207.htm> Acesso em: 18 out 2012.

LEDEL, Daiana Vasconcellos. **Aspectos de Direito Internacional Privado do Trabalho.** Biblioteca Jurídica Digital Busca Legis. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas>. Acesso em 18 out 2012.

MALTEZ, José Adelino. **Tópicos Jurídicos e Políticos.** Conflito. Disponível em: <<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Conflito.htm>> Acesso em 18 out 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores.** Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008.

_____. **Direito do Trabalho.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito do Trabalho.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. apud SILVA, Mauricio Lentini Linhares. **Sumula 219 do TST – Sumula n.º 219, justa?** Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 21, n. 252, dez 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Apresentação.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 18 out. 2012.

PERES, Antônio Galvão, apud BITENCOURT, Manoela de. **Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço:** o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1. 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Prestação de Serviço no Exterior:** Conflito de Leis no Espaço. Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008.

RUSSOMANO, Gilda. apud MARTINS, Sergio Pinto. **Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores.** Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008.

STRENGER, Irineu. **Curso de Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.

VALTICOS, Nicolas apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VECHI, Ipojucan Demétrius apud BITENCOURT, Manoela de. **Aplicação da Lei Trabalhista no Espaço:** o princípio da norma mais favorável como garantia de eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato internacional de trabalho. In: Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais. 1., 2012, Chapecó. Anais eletrônicos... Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1562/1050>> Acesso em: 18 out 2012.

VIALARD, Antonio Vazquez. apud MARTINS, Sergio Pinto. **Conflitos de Leis no espaço e Direito dos trabalhadores.** Revista IOB de Direito Trabalhista e Previdenciário. São Paulo: IOB Thomson, ano 19, n. 228, jun. 2008.

O RESGATE DO CRITÉRIO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NA IDENTIFICAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NA CONTEMPORANEIDADE

MURILO C. S. OLIVEIRA

Juiz do Trabalho na Bahia e Professor Adjunto da UFBA, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.
Email: murilosampaio@yahoo.com.br.

Resumo: O artigo apresenta o critério da dependência econômica como nota distintiva da relação de emprego, a partir de uma racionalidade transdisciplinar sobre o trabalho assalariado. Inicia pela demonstração dos problemas provocados pelo critério da subordinação jurídica diante das relações contemporâneas de trabalho. Baseando-se na economia política clássica, são delineados os traços do trabalho assalariado no capitalismo. A par da contribuição interdisciplinar, apresenta-se a resignificação da dependência econômica.

Na defesa deste critério, são refutadas as conhecidas críticas à essa ideia, de modo a considerar que a antiga noção de dependência econômica é superficial (epidérmica). No aprofundamento deste conceito, a concepção jurídica de trabalho dependente é refeita, notadamente a partir da ideia de ausência de propriedade.

Palavras-chave: Dependência econômica. Trabalho assalariado. Subordinação jurídica. Relação de emprego.

Abstract: The article presents the criterion of economic dependence as distinctive note of the employment relationship, from a transdisciplinary rationality on wage labor. Start by showing the problems caused by the criterion of legal subordination relations on contemporary work. Relying on classical political economy, are outlined traces of wage labor under capitalism. Alongside the interdisciplinary contribution, presents the redefinition of economic dependence. In defense of this criterion, are known refuted the criticism of this idea, in order to consider that the old notion of economic dependence is superficial (epidermal). In this concept further, the legal concept of dependent work is redone, especially since the idea of no property.

Keywords: economic dependency. Wage labor. Legal subordination. Employment relationship.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o principal debate do Direito (individual) do Trabalho concentra-se na (re)avaliação da eficácia e dimensão do critério de subordinação jurídica como nota distintiva desta disciplina. Diante de novas situações de trabalho e, igualmente, de velhas situações com novos epítetos, persistem dúvidas sobre a adequação do conceito clássico de subordinação jurídica no trato destas questões. A atipicidade do trabalho coloca-se, intermediariamente, entre a autonomia e a subordinação, trazendo intensas dificuldades de operação para o conceito clássico de subordinação jurídica.

O atípico pode, igualmente, ser entendido como a heterogeneidade contemporânea do trabalho. Esta heterogeneidade comporta uma complexidade de formas de trabalho, que englobam desde o emprego não registrado, o trabalho precário (contratações à margem da CLT, a exemplo daquelas por meio de pessoa jurídica - "PJ's"), trabalho informal (pequenos autônomos e grupos familiares vinculados ao sistema simples de produção) até as parcerias, entre outras situações. Nesta heterogeneidade de formas de trabalho, identificam-se trabalhadores que prestam pessoalmente serviços submetidos não à subordinação clássica do Direito do Trabalho, mas sim em uma condição de dependência.

Fora da noção clássica de "subordinação jurídica", estes trabalhadores dependentes integrantes desta atipicidade são excluídos da tutela legal da relação de emprego. Entretanto, a realidade destes dependentes desprotegidos repete o problema da excessiva exploração do trabalhador que culminou no surgimento do Direito do Trabalho, embora o faça através de formas distintas da relação de trabalho subordinado clássica. Não obstante, tem-se indubitavelmente repetida a condição originária trabalhista: uma parte hipossuficiente que carece de proteção legal ante ao poder econômico do seu tomador de serviços. A desigualdade das partes nestas novas relações de trabalho persiste, ensejando a necessidade de um tratamento diferenciado e protetivo.

No âmbito normativo, a Constituição Federal de 1988, que irradia seus princípios e valores no sistema normativo, elenca como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Para além da constitucionalização da tutela do trabalhador (art. 7º), o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a proteção ao trabalho como um dos seus valores fundamentais e objetivos do Estado Brasileiro. Neste contexto valorativo constitucional, o sistema normativo trabalhista tem como objetivo proteger os trabalhadores (expressão literal do art. 7º), cabendo a reinterpretação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a fim de cumprir o programa constitucional, na direção da noção ampla de empregado, notadamente pelo viés da aceitação de trabalho dependente.

Nesta contextualidade, a dependência econômica¹ apresenta-se como um critério distintivo da relação de emprego capaz de comportar as diversas manifestações atuais de trabalho assalariado, inclusive hábil a desvendar criticamente a atipicidade de certas formas de trabalhar e elucidar algumas ocultações do assalariamento disfarçado. Em outras palavras, a questão cinge-se a tentar rearticular a sinonímia entre empregado e assalariado, a qual, atualmente, não se realiza adequadamente pelo critério da subordinação jurídica. Defende-se que a tradução jurídica da noção de assalariado corresponde à ideia de dependência econômica.

Com efeito, este artigo apresenta uma síntese da tese de doutoramento² que resgata o critério da dependência econômica numa perspectiva mais aprofundada da ideia de trabalho assalariado. Vale lembrar que a dependência econômica no Direito do Trabalho é uma ideia antiga, cuja aplicação foi recusada apenas por “razões doutrinárias”, até porque o texto legal (“sob dependência”) mais se aproxima semanticamente da dependência econômica do que da subordinação jurídica. No entanto, a noção antiga de dependência econômica, considerada aqui “epidérmica”, não atende, da mesma forma, as expectativas contemporâneas.

2. ROMPENDO COM A SUBORDINAÇÃO DISTINTIVA

No bojo do pós-fordismo e da crise do Direito do Trabalho³, novos e velhos problemas são colocados para a subordinação jurídica. Percebe-se que a marca da sujeição hierárquica do trabalhador foi atenuada ou diluída pelas dinâmicas de gestão do trabalho mais flexíveis, tornando mais difícil – pelo olhar tradicional – visualizar o mesmo assalariado, por força dos seus novos epítetos, como o (antigo) empregado. O novo do modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado, valendo-se de categorias e contratos de parceria, colaboração, autonomia, entre outros.

Os problemas do conceito de subordinação já iniciam pela sua própria definição. No debate histórico-doutrinário do juslaboralismo, a noção de subordinação jurídica pode ser dividida em dois sentidos bem demarcados. No sentido subjetivo, consiste em ordens e disciplina, fundada na ideia de poder, sendo esta a concepção hegemônica. No sentido objetivo, relaciona-se com inserção em produção alheia, por ausência de domínio dos fatores de produção, fundando-se na ideia de organização (ou propriedade), sendo esta posição minoritária.

Cotejando a concepção hegemônica, infere-se que a escolha pela subordinação hierárquica corresponde a uma grande mudança de foco, no sentido de, desprezando as características pessoais dos sujeitos da relação, apenas considerar a forma de execução da relação. É o objeto contratual que fixaria a relação de emprego e não seus sujeitos. Isto é, era a subordinação jurídica o objeto contratualmente negociado entre trabalhador e empregador e não mais a venda da força de trabalho. Se antes o Direito do Trabalho destinava-se aos hipossuficientes marcados pelo seu estado de assalariados, agora, somente interessam os assalariados que laboram sobre forte subordinação hierárquica e pessoal.

1 Convém frisar que a ideia de dependência econômica trabalhada neste texto não diz respeito à teoria da dependência bastante debatida no âmbito da CEPAL, a partir da década de 1950. A dependência analisada aqui corresponde ao critério jurídico, ao lado da subordinação jurídica, de identificação da relação de emprego, consoante aportes teóricos do Direito do Trabalho.

2 Tese de doutorado defendida pelo autor em 29/07/2011 na Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Dra. Aldacy Racid Coutinho, intitulada: “A (re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista”.

3 Tais debates foram enfrentados e aprofundados por Oliveira (2009) na dissertação de mestrado, no Capítulo intitulado Crise do Direito do Trabalho.

Esta ideia de subordinação seria melhor retratada com o verbete “sujeição”, entendida como sujeito dependente do poder de outro. Mas o signo sujeição tem significado muito relacionado à sujeição do escravo, o que justifica sua não utilização pelo peso histórico que rememora, ou seja, “[...] poderia sugerir submissão do trabalhador, a recordar o estado de servidão a que se viu submetido o escravo em certas etapas da história humana” (ROMITA, 1979, p. 72). Tratava-se de uma mudança de filosofia idealista. Retira-se simbolicamente o nome de sujeição pessoal, mas esta alteração de nomenclatura nada modifica a realidade de sujeição pessoal. Isto porque não era conveniente ao juvenil capitalismo (ou à doutrina juslaboral) resgatar traços do trabalho forçado, mesmo que estes fossem os mais aproximados ao da nova realidade.

Na atualidade pós-fordista, as formas atípicas de trabalho – novas formas – são o sintoma maior da crise da subordinação. Um dos traços marcantes deste pós-fordismo que mais contribuiu para a formação destas situações atípicas é precisamente a tônica de colaboração e autonomia. Com as potencialidades de gestão e a possibilidade de controle na dispersão, a reengenharia produtiva não se vale mais do clássico padrão de trabalho apoiado nas relações de hierarquia-disciplina. No pós-fordismo é possível visualizar outro cenário para o modo de trabalhar: não se exige a presença do trabalhador na sede da empresa; os serviços são determinados e até executados eletronicamente; a jornada dispensa a fiscalização, inclusive porque se prefere a remuneração por produtividade, a qual, pelo seu baixo valor, exige o máximo de trabalho, já impondo jornadas maiores, inclusive sem pagamento de horas extraordinárias; dispensa-se o poder punitivo ao repassar, por meio do expediente formal da falsa parceria, a posse (embora se diga que houve venda) da mercadoria a ser comercializada, fazendo com que a maior punição – não receber pelo trabalho prestado – ocorra quando a atividade não for realizada devidamente.

Estas novas estratégias de gestão da mão de obra sinalizam para a aparência de autonomia e independência. Presos a uma versão estreita e limitada do conceito de empregado como aquela jungida à subordinação pessoal e hierárquica, o dogmatismo não mais identifica o estado de dependência aonde ele sempre esteve. Com isso, operou-se a redução dogmática do campo de aplicação do Direito do Trabalho pela cegueira dogmática-jurisprudencial.

Por outro lado, os problemas do critério da subordinação vinculam-se a uma tentativa de redução de custos através de estratégias gerenciais. Ao apenas visualizar o empregado como aquele que vive de ordens e teme punição, a doutrina juslaboral quase que, subliminarmente, estimulou a gestão de pessoal a, retirando esse traço fundamental de ordens, eliminar também a proteção trabalhista. Isto é, a limitação jurídica do conceito de empregado propiciou o sucesso econômico da nova técnica de gestão de pessoal. A consequência prática é que a restrição do conceito de subordinação à tão somente subordinação pessoal e hierárquica produziu a exclusão da proteção aos assalariados que não são rigidamente hierarquizados.

Por isto, é preciso notar que a fuga da subordinação representa o ideal de lucro sem responsabilidade, confirmando a lógica capitalista de extração de mais riqueza mediante a redução dos custos. Logo, não pairam dúvidas de que o motivo principal do esvaziamento ou da própria crise da subordinação jurídica é justamente o interesse de evasão à proteção trabalhista, precisamente ao custo desta tutela legal. Não somente o discurso modista de formas novas de trabalho e de um novo perfil do trabalhador legítima a opção por uma contratação de força de trabalho “por fora” do marco regulatório do emprego. É antes uma decisão econômica – redução de custos como necessidade da intensa concorrência, inclusive com práticas sistêmicas de *dumping social* – que conduzem a criar novas modalidades de contratação, inclusive sob a lógica de colaboração e autonomia.

A insuficiência da subordinação jurídica se demonstra, porquanto seu sentido prevalecente e hegemônico (subordinação subjetiva) é a noção de subordinação pessoal ou hierárquica. Seu conteúdo corresponde essencialmente ao dueto ordem-punição, elementos externos pautados numa relação rigidamente hierárquica do empregador (superior) com o empregado (inferior). Ocorre que as dinâmicas contemporâneas de trabalho firmam-se, cada vez mais, numa relação aparente de colaboração, ruindo com a antiga rígida hierarquia. A contemporaneidade enfraquece o enunciador (ordens e fiscalização) para uma afirmação subliminar do enunciado (trabalho).

Antes mesmo das formas novas e das dinâmicas de autonomia, a concepção clássica da subordinação jurídica era, numa perspectiva crítica, incapaz de justificar situações distintas do tradicional trabalho operário-fábril. A subordinação clássica sempre teve dificuldades de abranger o trabalho intelectual ou especializado tecnicamente, tendo que, para estes tipos de trabalhadores, ser reformulada para uma subordinação “externa” e “tênue”⁴. Nestas situações, é preciso considerar a subordinação por “índícios externos”, tal como respeito a horário de trabalho e necessidade de comparecimento na empresa (BARASSI, 1953). No mesmo sentido, a noção clássica de subordinação não explica satisfatoriamente o trabalho a domicílio, inclusive porque, nestes casos, sequer pode valer-se da ideia de subordinação externa, pois não controla nem o tempo e nem o local da prestação dos serviços.

Ademais, a ideia de controle se manifesta igualmente em outras situações distintas daquela de trabalho dependente. Ou seja, afirma-se, cada vez mais, que o controle se realiza sem a clássica subordinação. Existe controle nos contratos de obra/resultado e estes, ainda assim, podem ser desenvolvidos sob o prisma da autonomia ou da dependência. Há controle nas terceirizações, conforme se constata numa leitura atenta destes contratos de apoio empresarial, notadamente quando as empresas prestadoras de serviços e seus empregados observam atentamente o padrão de trabalho e a cultura organizacional da tomadora. Nos contratos de franquia, ocorre a observância de um padrão minucioso de trabalho, caracterizando manifesta subordinação técnica e organizativa do franqueado para com seu franqueador. Logo, a sujeição à forte subordinação não se restringe ao trabalho dependente, o que demonstra que a subordinação não é algo exclusivo da relação de emprego.

Nestes termos, se a condição originária do Direito Laboral foi a proteção aos trabalhadores economicamente fracos e se a atual crise limita esta proteção ao contingente diminuto de pessoas, a perspectiva futura do Direito do Trabalho – caso queira permanecer com sua ontologia – é ampliar sua proteção para os demais hipossuficientes. Para tanto, é imprescindível superar a concepção de subordinação como sujeição hierárquica. Noutro sentido, as concepções renovadas de subordinação objetiva⁵ têm seus méritos, especialmente seu esforço em corrigir uma redução conceitual indevidamente realizada pela doutrina ao contentar-se com uma forte hierarquia. Todavia, continuam considerando uma consequência do fenômeno – a direção ampla subjacente à integração – como o próprio fenômeno do trabalho dependente.

A teoria da subordinação jurídica nunca rompeu a superficialidade da questão do estado de assalariado, justamente por creditar correção teórica a uma concepção insustentável epistemologicamente. A essência do assalariamento, como modelo capitalista de organização das relações de trabalho, não reside nos conceitos jurídicos, os quais somente visualizaram sua epiderme quando se vincularam à ideia de ordens (hierarquia) ou integração (acoplamento). É o mito da completude da ciência jurídica que legitima e impulsiona uma explicação apenas “jurídica” para a realidade social, ainda no afã irrefletido de uma “teoria pura”, no caso para o Direito do Trabalho.

Diante da principal consequência do assalariamento – “receber ordens” – e ansiosa por rejeitar os “perigos” de uma concepção econômica de dependência, a doutrina encontrou seu “melhor” critério, passando a definir o empregado – expressão jurídica do assalariado – como aquele sujeito subordinado. À primeira vista, os assalariados ao venderem sua força de trabalho colocavam sua energia à disposição dos seus tomadores, logo aceitando, como necessidade técnica, a direção dos seus serviços. Logo, o conteúdo jurídico imediato da situação econômica de assalariado era estar “sob ordens”.

No entanto, este primeiro cenário de disposição da força de trabalho se modifica sensivelmente nas situações de trabalho intelectual (ou domínio técnico) ou em domicílio. Nestas hipóteses, a principal consequência fica mitigada, “adelgada”, “diluída” e “tênue”. Tal como o local de trabalho ou fiscalização de horário de trabalho não servem como paradigma de comprovação da subordinação. Igualmente,

4 Nesta situação, a noção de subordinação teria que ser um pouco mais sutil, uma vez que “[...] o grau de dependência dos trabalhadores de profissão liberal, por causa da natureza especial da prestação, é mui tênue e não apresenta alguns de seus elementos característicos, como seja a sujeição ao empregador no que tange à iniciativa ou método de trabalho” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 93).

5 Em todas, realça-se o aspecto da integração do trabalho em detrimento ao aspecto da sujeição pessoal às ordens. Cita-se a: subordinação estrutural de Maurício Delgado Godinho (2006); a subordinação estrutural-reticular de José Eduardo Chaves Junior e Marcus Menezes Barberino Mendes (2008); a subordinação integrativa de Lorena Porto (2009); a subordinação potencial de Danilo Gaspar (2011).

o contexto pós-fordista implementa sistemas externalizantes de trabalho, fugindo também da versão clássica de estar “sob ordens”. Assim, pode-se verificar novos e antigos assalariados não sujeitos à subordinação, demonstrando que esta não integra ao conceito de assalariamento.

O assalariado caracteriza-se por colocar a venda sua força de trabalho, ou seja, por dispor de sua energia em favor de outro. Se o traço marcante da relação de emprego é estar à disposição de outrem, derivam-se daí duas possibilidades: a primeira de comandar intensamente esta “disposição”; a segunda de apenas estabelecer o resultado deste trabalho à disposição, considerando que o próprio trabalhador tem as condições (técnicas, intelectuais ou materiais) de realizar seu ofício sem vigilância e fiscalização. Não obstante as duas possibilidades de “disposição”, a subordinação somente visualiza a primeira acepção, apenas compreende a disposição como estrita obediência às ordens contínuas. Por decorrência, a subordinação deve ser vista como consequência da relação de emprego e não sua causa.

Pela sua gênese positivista⁶ e pela sua natureza de consequência possível, é urgente retirar do critério da subordinação jurídica o protagonismo da definição da relação de emprego. Ainda no aprofundamento destas questões, averigua-se que é infundada a caracterização do Direito do Trabalho como a regulação fordista do trabalho assalariado. Isto é, o Direito do Trabalho se constitui como o marco regulatório do trabalho assalariado na sociedade capitalista e não como a correspondência jurídica da dinâmica organizativa do fordismo. Com efeito, o instituto juslaboral impregnado de fordismo – e, no caso brasileiro, de positivismo – foi o critério da subordinação jurídica. O Direito do Trabalho não é, portanto, um produto do fordismo, nem sob o aspecto cronológico, nem sobre o aspecto ontológico, embora se possa qualificar a noção clássica de subordinação jurídica como um conceito jurídico delimitado pela realidade fordista. Assim, a opção pela subordinação jurídica, na sua acepção clássica, representou uma guinada reducionista do campo de incidência do Direito do Trabalho, a qual, indevidamente, limitou o conceito de dependência à situação de sujeição hierárquica. Disto, há que se perceber a subordinação jurídica não capta a noção integral de assalariamento, mas apenas as consequências desse fenômeno.

3. ENTENDENDO O TRABALHO ASSALARIADO

Fugindo do positivismo e da dogmática, é imperioso voltar a entender o que é trabalho assalariado para, então, repensar a proteção jurídica para esta relação de trabalho. Na filosofia política, Jonh Locke (1978) atribui ao trabalho a fonte da propriedade. Pressupondo que o homem tem a propriedade de sua própria pessoa, terá, igualmente, a propriedade sobre os frutos do seu trabalho. É o trabalho da pessoa sobre os bens naturais, originalmente comuns a todos, que os coloca fora desta propriedade comum e dentro da propriedade individual. Em nome do trabalho realizado, a pessoa se apresenta perante a coletividade como proprietária, exigindo um direito natural à garantia desta propriedade pela sua justa origem no trabalho. Esta noção, impregnada de individualismo, pressupõe que a liberdade individual somente se concretiza quando o indivíduo é proprietário de si mesmo, sendo a sociedade o mercado de encontro entre estes proprietários.

Além de criar a propriedade, o trabalho também cria a riqueza. Rompendo com a crença fisiocrata de que a agricultura é a criadora da riqueza, Adam Smith (2010) credita a riqueza das nações não ao acúmulo de metais ou aos ganhos das trocas, mas sim ao trabalho humano. Em grande medida, a riqueza cresce conforme a divisão do trabalho, que exerce a função de motor desse crescimento e que desenvolve os papéis dos indivíduos no sistema social. A divisão do trabalho se perfaz como tendência natural do desenvolvimento dos processos de troca, sendo, entretanto, dependente de uma acumulação de capital. A partir daquele considerado como pai da economia política, o trabalho é concebido como ideia abstrata que cria valor e, simultaneamente, como atividade concreta produtora dos homens.

No entanto, a estruturação social capitalista, notadamente a divisão da propriedade, não permitiu que os trabalhadores fossem os titulares do resultado do seu labor, como deveria ocorrer pela ideia de Jonh Locke. Descontadas as despesas com os meios de produção (matéria-prima, instalações e instrumentos), a criação de riqueza se expressa na diferença entre o valor criado pela força de trabalho (produto

⁶ A hegemonia da teoria da subordinação jurídica é obra de um positivismo cientificista doutrinário, que rechaçou conceitos subjetivistas, apoiando-se na (pseudo) neutralidade e segurança de um conceito (dito) objetivo. O critério da subordinação jurídica é interpretação doutrinária e jurisprudencial de um dispositivo legal bem mais amplo que, literalmente, refere-se só a dependência (OLIVEIRA, 2009).

apropriado pelo capitalista) e a remuneração paga à mesma força de trabalho. Isto porque o salário, em essência, não pode corresponder ao total do valor criado pelo trabalho, sob pena de não ser salário, mas uma retribuição integral do trabalho agregado, tal como numa legítima sociedade. Adam Smith já tinha percebido que o produto do trabalho não é somente do trabalhador. “[...] todo o produto do trabalho nem sempre pertence ao trabalhador. Ele deve, na maioria dos casos, dividi-lo com o proprietário do estoque, que o emprega” (SMITH, 2010, p. 44).

A riqueza social, então, é o produto do trabalho social, sendo apropriada, no bojo das relações salariais, pelos contratantes proprietários, na forma de mais-valia (trabalho excedente não pago). Karl Marx elucida a questão: “O modo capitalista de apropriar-se dos bens, decorrente do modo capitalista de produção, ou seja, a propriedade privada capitalista, é a primeira negação da propriedade privada individual, baseada no trabalho próprio”. Vê-se que nas relações de trabalho entre proprietários e não-proprietários, o primeiro se apropria dos valores produzidos pelo segundo, o que ocorre sob a aparência (ou pela ocultação) de livre contrato de trabalho com um salário “justo”. A apropriação do valor se converte em (nova) propriedade: a propriedade das mercadorias produzidas pelos trabalhadores.

Despossuído de propriedades e possuído por prementes necessidades de subsistência, o trabalhador surge discursivamente como um sujeito livre, por não mais estar sob os grilhões da escravidão ou o pagamento sensorial da corveia na servidão. Robert Castel desvela: “O assalariado é então ‘livre’ para trabalhar, mas a partir do lugar que ocupa num sistema territorializado de dependência, e o trabalho que executa é exatamente o mesmo tipo do da corveia”. O capitalismo empreende um discurso de ampla liberdade de trabalho, que se estende da possibilidade de escolha do emprego ou mesmo da desistência deste a qualquer tempo. Entretanto, estrutura relações sociais, políticas e econômicas que tecem fios invisíveis que limitam tais possibilidades, alocando, em regra, o trabalhador sempre na condição de dependente. Ao privar da substancial propriedade, impele sempre uma dependência do não-proprietário para com o proprietário, até porque a pobreza vicia a liberdade.

Uma real liberdade de trabalho corresponderia à liberdade de acesso aos meios de produção, não a situação de imperativo de sobrevivência que compele o trabalhador a, com a necessidade subjulgando a vontade, trabalhar. A maioria das funções, na atual divisão social do trabalho, não são desejadas, mas aceitas por razões de necessidade e realizadas sem desejo, de modo insosso e desprezível. Em outras palavras, a separação meios de produção e trabalhador acarreta também em alienação/estranhamento e sub-alternatividade do trabalhador frente à mercadoria. O estranhamento no trabalho remete a caracterização deste como mercadoria, talvez por isso seja chamado de “mão de obra”.

Assim, a situação objetiva de trabalhar para outrem já significa a subordinação formal deste que trabalha em favor daquele que recebe o trabalho. Esta subordinação cinge-se ao manifesto controle do tomador do serviço, através não da direção técnica, mas sim da detenção da propriedade dos meios de produzir. Nestas circunstâncias, o direito de propriedade na circulação capitalista empreende o papel de sonegar qualquer propriedade oriunda do trabalho para aquele que não é previamente proprietário, como o trabalhador. Portanto, o assalariado se caracteriza pela constante necessidade e dependência, pois somente possui sua força de trabalho. A coação ao trabalho se faz pela miséria e pela necessidade de obter meios para a sobrevivência⁷, embora esta condição de dependente esteja camuflada pela formatação jurídica de liberdade contratual oriunda de individualismo e formalismo jurídicos iluministas. Como reforço a esta dependência estrutural, visualiza-se, ainda, a situação dos desempregados que formam um exército industrial de reserva, o qual reitera a disputa pela condição de vendedor de força de trabalho.

A questão central do modelo capitalista é, portanto, o monopólio de uma classe social sobre os meios de produção, impelindo a classe não-proprietária a vender sua força de trabalho, inclusive com cessão de trabalho excedente. Diferentemente dos modos de produção anteriores – que se pautavam em trabalho forçado (escravo, corveia, etc.)–, o capitalismo construiu um modelo de trabalho formalmente livre,

7 No lugar da coação legal ao trabalho, adota-se a coação pela fome e necessidade ao trabalho. “O velho paradigma do trabalho forçado não é pois recusado enquanto se constitui o embrião de uma condição de assalariado “moderna”. Ao contrário, ele acompanha e tenta enquadrar seus primeiros desenvolvimentos. O que pode ser perfeitamente entendido: as condições de trabalho são tais nas primeiras concentrações industriais, que é preciso estar sob a mais extrema sujeição da necessidade para aceitar semelhantes “ofertas” de emprego, e os infelizes assim recrutados aspiram somente a deixar o mais rápido possível esses lugares de derrelição” (CASTEL, 1998, p. 206).

mas que, pela não detenção dos meios de produção, realiza-se como trabalho socialmente imposto. Se a coação era baseada na lei, agora ela ocorre pela própria estrutura social e, assim, de modo invisível.

Em síntese, a liberdade de trabalho dos não-proprietários num regime capitalista cria um estado estrutural de dependência do assalariado em face do capital, a despeito das garantias jurídicos-formais. A liberdade de trabalho do assalariado subjaz a necessidade imperiosa de sobrevivência, explicada pela perda anterior da titularidade dos meios de trabalho e reforçada pelo receio de prosseguir nas fileiras dos desempregados. Por fios invisíveis, estabelece-se uma dependência estrutural de um para com o outro, daquele que, como imperativo de sobrevivência, precisa imediata e cotidianamente vender-se ao outro, quer seja por não haver outra possibilidade econômica (ausência de propriedade), quer seja porque, em termos técnicos, não sabe desenvolver outro ofício senão aquela função parcelar-polivalente.

A produção dessa riqueza tem observado a lógica da intensificação do processo de trabalho, sendo esta a tônica do capitalismo⁸, ora pela extensão da jornada de trabalho, ora pelo aumento de produtividade oriundo das inovações técnicas e da divisão do trabalho, ou mesmo pela conjunção de ambas. Para obter mais produtividade no mesmo tempo, é necessária a intensificação do trabalho (obtenção de maior eficácia), seja pelo aumento da velocidade da máquina, seja pela cumulação da operação de máquinas para um único empregado, seja pela maior disciplina e controle para eliminar os “poros da jornada”.

Precisamente, as diversas formas de organizar a produção (fordismo e toyotismo), com metodologias distintas, somente concretizam a lógica do capital de mais acumulação através da intensificação do trabalho. O diferencial do pós-fordismo não reside no avanço tecnológico, mas na relativa ruptura com o parcelamento das funções e com a implementação de uma lógica voraz de colaboração de classes. Como decorrência, o toyotismo foi economicamente bem sucedido porque conseguiu, pela sua sistemática de gerência produtiva, dar respostas satisfatórias (ganhos de produtividade e lucro) às oscilações contemporâneas do mercado (retração e expansão), além da incorporação da precariedade ao sistema produtivo.

Esta análise, pautada essencialmente na crítica de Karl Marx à economia política clássica, revela-se adequada para explicar as relações contemporâneas de trabalho no capitalismo. A compreensão dialética da totalidade do conjunto social permitiu a Marx identificar as estruturas gerais do trabalho assalariado e formular suas implicações, notadamente a ideia central: a dependência estrutural e prévia do assalariado ao empregador. Como consequência, o sujeito assalariado é aquele que, forjado no desposuimento, é impelido, embora juridicamente livre, a vender-se como mercadoria – como uma força – em troca do salário, cujo proveito econômico resultante deste trabalho é apropriado por outro. Despossuído, coagido e expropriado são termos delimitadores do conceito de trabalhador assalariado.

No Brasil, o assalariamento segue esta estrutura geral, com o tempero próprio da historicidade e política latino-americana. De início, a formação do mercado de trabalho brasileiro foi caracterizada por políticas e mecanismos legais de coação para a condição de assalariado. Com destaque, teve-se a não inclusão dos ex-escravos e o aprisionamento das terras, além do aprisionamento “contratual” dos imigrantes. Estas circunstâncias históricas engendram, também nas terras brasileiras, uma estrutural dependência daqueles não-proprietários para com os proprietários daqui. Ou seja, o ponto de partida dos assalariados brasileiros foi justamente a construção político-social do desposuimento da maioria, forjando necessária venda da mão de obra como condição de sobrevivência dos trabalhadores.

Por isso, a liberdade de trabalho somente reside nos planos dos discursos, inclusive por que sequer foi albergada nas ordens jurídicas anteriores à CLT, vide o exemplo do trabalho do imigrante da Lei 108/1837. A pseudo liberdade também inscreveu suas marcas neste país como o efeito palpável da retórica política e jurídica de trabalho livre, quando a necessidade destes despossuídos corroía totalmente a livre opção de trabalhar. O desposuimento do obreiro brasileiro é a marca forte do capitalismo local. Como garantia do reforço desta imposição da venda da força de trabalho, o mercado de trabalho local ainda se vale dos expedientes do exército industrial de reserva (desemprego) e da persistente

⁸ Nestes termos, Karl Marx anteviu os caracteres do fordismo e do toyotismo na recorrente dinâmica de intensificação do trabalho, descrevendo a lógica capitalista de intensificação do trabalho: Não existe a menor dúvida de que a tendência do capital, com a proibição definitiva de prolongar a jornada de trabalho, é compensar-se com elevação sistemática do grau de intensidade do trabalho e de converter todo aperfeiçoamento da maquinaria em meio para absorver maior quantidade de força de trabalho (MARX, 2006, p. 476).

informalidade. A dependência aqui se revela intensa e viciadora da vontade do trabalhador, inclusive ocultada numa legislação pensada e operacionalizada pelo positivismo.

Agravando a dependência, os novos discursos da reengenharia pós-fordista tentam recolocar a situação de precariedade e instabilidade anterior ao próprio trabalhismo. No tempo presente, a principal consequência desta precariedade do trabalho tem sido o esvaziamento da forma clássica do emprego pelas diversas medidas de externalização e precarização. Talvez como resposta do capital a certo *status* de proteção legal obtido na forma jurídica do emprego ou mesmo apenas a renovação da lógica ontológica de extração de lucro, foram criadas novas formatações de não-emprego para a prática de trabalho assalariado.

Destarte, o cenário político-social do mercado de trabalho nacional assemelha-se a um grande mosaico, com figuras aparentemente dispares e antagônicas – assalariado protegido e precário, toyotismo e fordismo, flexibilização de relações já “flexíveis”, trabalho escravo contemporâneo e robotização – que se firmam como integrantes de uma mesma dinâmica. Sem prejuízo da singularidade histórica, a expansão do capitalismo – leia-se mais extração de riqueza do trabalho – realiza-se com mais intensidade e com mais enfraquecimento dos trabalhadores, o que lhes atribui uma condição estruturalmente mais dependente do capital quando comparada aos países de capitalismo central. Por sinal, o verbete “dependente” desacompanhado de qualquer adjetivo é justamente o texto literal da definição legal de empregado, consoante art. 3º da CLT. Todavia, o positivismo e seu afã puritano reduz, intencionalmente, esta dependência à subordinação jurídica.

O mercado de trabalho brasileiro, portanto, não é destinatário, em termos hegemônicos, da proteção do Direito do Trabalho. Conjuntamente com as questões sociais, políticas e históricas descritas acima, a conceituação de empregado adotada pelos operadores jurídicos tem uma parcela de responsabilidade nesta considerável ineficácia do Direito Laboral. Justamente a subordinação jurídica, precisamente sua vertente subjetiva, simboliza um acesso estreito e limitado para o mundo da tutela trabalhista. Como visto, esta “pequenina entrada” colabora significativamente para impedir que mais assalariados recebam a proteção social que o Estado brasileiro juridicamente se comprometeu.

Nestes termos, a subordinação jurídica exerce o papel de concausa para o agravamento deste cenário de reduzido reconhecimento da relação empregatícia. Por força dos limites que a doutrina trabalhista lhe imputou, a subordinação jurídica não deu conta do trabalho ilegal e informal e, principalmente, sucumbiu diante dos discursos da autonomia e colaboração amparados na acumulação flexível. Se já se apresentava como um critério estreito diante da totalidade dos assalariados, assume a tendência, na contemporaneidade, de distanciar o conceito de assalariado do conceito de emprego, pois os assalariados dependentes de hoje são coordenados/integrados a empresas, mas não classicamente subordinados.

4. O RETORNO DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Diante dos problemas do conceito clássico da subordinação jurídica e das situações paradoxais de trabalho dependente não-subordinado, a dependência econômica tem sido novamente cogitada como nota distintiva do Direito do Trabalho. Por consequência, parcela da doutrina nacional e estrangeira cada vez mais se vale da antiga ideia de dependência como critério mais pertinente para o enfrentamento das situações atuais de trabalho. O critério, outrora renegado e tido como inaceitável pelo seu conteúdo extrajurídico, desponta novamente no debate doutrinário.

No horizonte estrangeiro, o debate está franqueado, tendo a dependência econômica um lugar de destaque como alternativa ou complemento à subordinação jurídica. As novas figuras atípicas nas relações de trabalho são todas envoltas pelo estado de dependência econômica que é de difícil enquadramento na clássica subordinação. O professor português José João Abrantes (2004, p. 94-95) enuncia que: na Itália a legislação valeu-se do epíteto “parassubordinado” (*il lavoro parasubordinato*); na Alemanha designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (*arbeitnehmerähnliche personene*)⁹, pois são presta-

9 O “assemelhado ao empregado” do direito alemão é mais um exemplo do retorno à dependência econômica. “Impressiva, em tais prestadores-colaboradores, é a marca da dependência econômica que os acaba por conduzir a uma situação fática de equivalente à relação de emprego, o que é enfaticamente ressaltado por Wollenschläger, quando define o assemelhado como

dores de serviço economicamente dependentes (*tarifsvertragsgesetz*), também intitulados quase-trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados.

No espectro da Organização Internacional do Trabalho – OIT, discute-se o problema do conceito de empregado e o seu campo de destinatários. No debate da 91ª Reunião da OIT em 2003¹⁰, enfrentou-se a questão do “ámbito de larelación de trabajo” e, por consequência, as situações de “trabajoencubiertas o ambiguas”. No relatório do debate, afirma-se que “La dependencia económica, escierto, no entrañasu-bordinaciónen todos los casos, pero puede ser uncriterio útil para determinar si untrabajador es unasalariado y no unempleado por cuentapropia” (OIT, 2010, p. 31-32).

No Brasil, Arion Sayão Romita, o mesmo autor que introduziu no país o conceito de subordinação objetiva, já sinaliza para a retomada da dependência econômica, afirmando que o atual contexto “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado” (ROMITA, 2004, p. 1287).

A condição de dependente do trabalhador é indiscutivelmente a causa e a razão de ser do Direito do Trabalho. Com efeito, é o traço da dependência o constitutivo da singularidade do juslaboralismo, haja vista que seu caráter protetivo, limitador da exploração deste trabalho, é o caractere que o distingue das demais disciplinas das relações privadas. Serve, então, como medida de garantia de civilidade a uma relação econômica que é estruturalmente injusta e desproporcional. O Direito do Trabalho destina-se àqueles que somente têm a força de trabalho como possibilidade de vida e, assim, como serem dependentes daqueles que lhes ofertem um salário.

A oferta de trabalho, na forma de assalariamento capitalista, resulta em exploração da própria pessoa, porque se manifesta como apropriação alheia do trabalho daquela. Perante as situações de excessiva exploração do trabalho humano, a ontologia juslaboral foi criada almejando combater a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do Direito do Trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais, embora persista sua função geral de legitimar esta exploração capitalista.

A justificação histórica e ontológica da criação de uma tutela legal para as relações de trabalho é a condição essencialmente dependente do trabalhador assalariado para com o Capital. Por esta razão, o critério da dependência econômica detém uma força histórica marcante no Direito do Trabalho, como delimitação conceitual jurídica da condição de assalariado. Apesar dessa importância histórica e ontológica, entendeu-se que a dependência econômica era tão somente a causa “pré-jurídica”, nada além disto. Estando fora da seara jurídica, não poderia, então, servir como critério jurídico, sob pena de ofensa ao puritanismo conceitual positivista. Há inexplicável paradoxo nesta rejeição de importância e utilidade.

Noutro sentido, a dependência econômica é, de igual modo, o fundamento da expansão do Direito do Trabalho. Na busca pela proteção dos sujeitos em debilidade econômica, o Direito do Trabalho empreende um histórico de recorrente alargamento do campo dos seus destinatários. Rememore-se que a intervenção protetiva da legislação trabalhista iniciou-se exclusivamente para as “meias forças” – mulheres e crianças –, embora adstrita ao fundamento geral de integridade física, garantida por meio da limitação da jornada. Adiante, afirmou-se como sistema protetivo para os operários fabris, baseando-se não mais em poder de polícia, mas agora considerado como um direito social: o Direito do Trabalho. Ultrapassa a fronteira da fábrica ao estender esta proteção aos empregados do comércio em geral, inclusive abrangendo sujeitos economicamente médios como os alto-empregados e gerentes. Transcende o trabalho manual em direção ao trabalho intelectual. Chega à residência familiar protegendo os domésticos e ao campo tutelando os rurícolas e, ainda, afirma-se como tuitivo mesmo para o trabalho

aquele que frequentemente se encontra em situação de carência econômica tal qual o empregado tutelado” (VILHENA, 2005, p. 545-546).

10 Na mesma trilha, a Recomendação 198 da OIT afirma o objetivo de tornar claras as definições em cada legislação nacional dos critérios de reconhecimento do vínculo de emprego, visando assegurar a proteção legal contra situações de trabalho “encubierto”.

fora da fábrica, aquele praticado no domicílio obreiro.

Todo o fundamento do princípio da proteção trabalhista e, igualmente, do princípio da irrenunciabilidade é a debilidade econômica frente ao empregador, e não a subordinação jurídica. Ademais, a própria legitimação ontológica da subordinação jurídica se dava pelo paralelismo do seu conceito com o de dependência econômica, ou seja, pela existência conjunta com esta última noção. Da história e da ontologia, confirma-se que a tutela do trabalho sempre foi legitimada socialmente pela condição hipossuficiente do trabalhador. E a medida desta hipossuficiência – de quem trabalhar para outrem – é justamente a dependência econômica. É a razão histórica e ontológica que justifica e legitima o modelo de proteção do Direito do Trabalho em favor daquele sujeito não-proprietário que vende sua força de trabalho, pela sua prévia condição de dependente econômico.

5. ULTRAPASSANDO A CLÁSSICA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

A retomada da dependência econômica para que seja mais efetiva deve ser (re)pensada numa dimensão mais aprofundada em relação àquela ideia apresentada no início do século XX. O perfil daquele sujeito que vive da venda do seu trabalho seria a primeira tradução jurídica para o conceito de dependência econômica. O primeiro autor a usar o conceito de dependência foi o francês Paul Cuche, em 1913, para o qual a dependência econômica decorria de dois requisitos inseparáveis. Primeiro, o trabalho deverá ser a única ou principal fonte de sobrevivência do trabalhador, conferindo ao serviço prestado a condição para o seu sustento. Segundo, o empregador deve absorver de forma regular e integral os serviços prestados pelo trabalhador, havendo, portanto, a inserção e exclusividade do trabalho deste na empresa. Em síntese, o trabalho do obreiro lhe garantiria prevalentemente sua subsistência e seria exclusivo em favor de um tomador.

Outro autor francês, Alexandre Zinguerévitch, formulou um conceito mais amplo de contrato de trabalho, a partir dos traços mais gerais da dependência econômica, enfocando especialmente a questão da privação da liberdade econômica. Zinguerévitch pretendia defender uma noção ampla de contrato de trabalho a partir dos critérios gerais da OIT, em especial o princípio diretor de que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, quebrando ou limitando juridicamente o “livre jogo” da lei de oferta e procura de mão de obra no mercado de trabalho.

O pressuposto de Zinguerévitch era “[...] o que caracteriza essencialmente as relações entre o patrão e o empregado é estado de fraqueza e dependência econômica no qual se encontra o segundo em relação ao primeiro” (1936, p. 28). Logo, quem não pode trabalhar para si mesmo e, assim, precisa fornecer seu trabalho para outro é economicamente fraco. Seriam, então, dependentes aqueles sujeitos “privados de liberdade econômica”. Como resposta às críticas, muitos autores aderiram à justaposição da dependência econômica à subordinação jurídica. Cabe notar que o próprio Paul Cuche referia-se à dependência econômica como um critério adicional à subordinação jurídica.

Como visto, a delimitação jurídica do critério da dependência econômica sempre se ateve à superficialidade quando concebe o dependente como sendo aquele trabalhador que vive da remuneração. Este viver de salário representa apenas a epiderme do fenômeno, haja vista que todos os que prestam serviços, inclusive os autônomos, vivem da contraprestação pecuniária recebida. De igual modo, empresas podem se encontrar em uma situação de dependência econômica para com outras empresas maiores, a exemplo dos processos produtivos de subcontratação.

Como reparo a esta superficialidade, José Martins Catharino já esboçava uma acepção relativizada da dependência econômica, visando torná-la mais juridicamente eficaz. “Na sua concepção relativa, [...] bastando que o salário seja o principal meio de vida, e a absorção parcial e predominante do seu tempo disponível por empregador” (CATHARINO, 1982, p. 203). O mesmo autor destaca adiante que ainda assim há falha no critério, invocando a hipótese fática em que uma pessoa trabalhe e seja igualmente remunerada por duas empresas. Entretanto, o professor baiano frisa que a ausência de dependência econômica, ou seja, uma situação de independência econômica do obreiro, é manifestação clara da desfiguração do contrato de emprego. Catharino registra que as divergências com a ideia da dependência econômica não resultam na sua invalidade, graças a sua sólida raiz histórica e política do critério que lhes garantem sustentação (1982, p. 204).

Atrelada à aparência primária da dependência econômica, a doutrina juslaboral teceu diversas críticas a este critério, concluindo pela sua imprestabilidade. A primeira negativa à dependência econômica provém do seu caráter extrajurídico¹¹, que corresponde a um demérito, pois o conceito não foi formulado nos precisos e completos marcos conceituais do direito. Além do equívoco epistemológico advindo do positivismo que sustenta esta crítica à extra-juridicidade, há uma pretensão subliminar de completude do sistema jurídico que, assim, não pode admitir critérios que não sejam autossuficientes no próprio direito.

Outra crítica advém de um cenário hipotético em que o empregado é mais rico do que seu empregador, cuja situação há subordinação, mas não dependência. A princípio, o cenário da crítica é quase fictício, cabendo a indagação de quantos empregados estão nesta situação afortunada. A crítica, então, inicia-se numa pressuposição idealista, porque pouco considera a realidade concreta e sua manifestação cotidiana. Ainda assim, cabe endossar o exercício de imaginação e reiterar a dúvida: teria mesmo o empregado mais propriedade do que a empresa em que trabalha? Caso a resposta fosse afirmativa, seria lógico que o sujeito, com possibilidade de comprar uma empresa decidisse, ao inverso, vender seus serviços em manifesto prejuízo econômico? A resposta positiva significaria que o sujeito iria preferir economicamente a redução do seu patrimônio, em manifesta ofensa à lógica capitalista de acumulação. Esta opção, justamente pela irracionalidade diante da dinâmica do sistema, não merece aceitação, porque nega a razoabilidade na vontade do sujeito.

Neste bojo, é possível adequar – tornando-o mais real, racional e factível – o exemplo para aquela situação em que o obreiro não está totalmente privado de patrimônio, seja porque detém uma herança ou outra fonte de renda considerável. Usando o exemplo de Jorge Luiz Souto Maior (2008, p. 63) que nega validade à dependência econômica pode-se, ao contrário, confirmá-la. Trata-se da situação na qual um juiz do trabalho – que auferir grande remuneração quando comparada ao mercado médio de trabalho – atua como professor em faculdade privada. Nesta situação, a condição personalíssima deste professor – excepcionalmente hipersuficiente pela outra ocupação – não significaria autonomia. Ao inverso, no âmbito das relações internas à faculdade, este professor-juiz é tão dependente quando o professor-professor ou um professor-advogado, pois nenhum destes são os detentores do capital que funda a faculdade. Não sendo proprietários, não lhes cabe estruturar a forma de trabalhar, tampouco fixar os objetivos institucionais da empresa e, principalmente, não lhes é apropriado o resultado do seu trabalho.

A inexistência de dependência econômica no contrato de trabalho é uma “exceção da exceção” quando comparada com a existência de dependência econômica, pois aqueles que não têm os meios de produção (dinheiro, propriedades, etc.) têm a liberdade (única opção) de vender seu trabalho em troca da sobrevivência. É este o traço marcante do trabalho assalariado e da relação de emprego. Negar a dependência econômica invocando a hipótese da pessoa rica que se sujeita a trabalhar como empregado é impugnar a realidade social a partir da exemplificação de um “caso de laboratório” (URIARTE e ALVAREZ, 2001, p. 212).

A crítica relativa à exclusividade é infundada, eis que se apresenta como uma consequência superficial do fenômeno. Quem vive de salário deve, por suas necessidades vitais, buscar o número máximo possível de tomadores, a fim de garantir sua sobrevivência. A necessidade de vender-se a mais de uma empresa é, ao contrário, reforço da debilidade econômica do trabalhador que não consegue encontrar os meios de subsistência satisfatória em um único empregador, quando lhe é fisicamente possível trabalhar para diversos tomadores. Note-se que este é o exemplo sintomático do avulso que precisa necessariamente de diversos tomadores para realizar sua sobrevivência.

Todas as críticas acima foram responsáveis para a rejeição do critério da dependência econômica como nota distintiva da relação empregatícia. Embora seja pacífico que a dependência é a causa urge, portan-

11 A crítica de Orlando Gomes e Elson Gottschalk é forte contra o extrajurídico. Afirmam que “[...] padecem do mesmo vício de origem [a dependência econômica e dependência social]. Pretendem caracterizar um contrato com elementos metajurídicos. O erro de seus defensores provém de procurarem, preferentemente, analisar a condição social e econômica do trabalhador, em vez de examinar a relação jurídica da qual ele participa. [...] O equívoco dos que adotam critérios extrajurídicos reside exatamente no fato de se não preocuparem com a fixação do elemento característico do contrato de trabalho, mas sim com a qualidade da pessoa que deve ser protegida” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 141).

to, transpor esta visão epidérmica, para começar entender com profundidade interdisciplinar a noção de trabalho dependente.

6. REFAZENDO A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO DEPENDENTE

Se a dependência econômica tem sido, até então, enfrentada sobre seus aspectos superficiais e igualmente criticada pelos problemas oriundos desta aparência, é premente romper com esta análise epidérmica. O aprofundamento da noção de dependência implica refazer, agora com o esteio numa compreensão interdisciplinar e crítica, uma delimitação jurídica do trabalho assalariado. Almeja-se resgatar a sinonímia integral entre trabalhador assalariado e trabalhador dependente.

O primeiro elemento desta delimitação jurídica é reconhecer que o poder – e sua consequência potencial de subordinar os trabalhadores – de uma empresa capitalista decorre da sua propriedade. Retomando Karl Marx, vê-se que “O capitalista não é capitalista por ser dirigente industrial, mas ele tem o comando industrial porque é capitalista” (2006, p. 385). O capitalista comanda a empresa em nome da propriedade de que é titular. Por ser o sujeito proprietário, pode-se afirmar como o comandante da empresa. Por decorrência, o poder diretivo é mera consequência da produção capitalista e não sua qualidade distintiva.

O fundamento central da relação de trabalho é a propriedade, precisamente porque o caráter singular desta relação é o intercâmbio entre proprietários e não-proprietários. Entretanto, essa questão é ocultada no Direito do Trabalho. A ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e naturalizadora desta relação entre proprietário e não-proprietário¹². O contrato de trabalho aparece, então, como o momento jurídico de legitimação da subordinação, embora antes mesmo de contratar, o trabalhador já é dependente por não ser proprietário.

Sendo o assalariado um sujeito despossuído – por ausência de propriedade capaz de lhe permitir atuar como empreendedor – fica “livremente” impelido a vender sua força de trabalho. O desposseimento é que demarca sua condição de dependente e não o fato de depender de salário. A relação de dependência do assalariado para com a empresa é prévia ao contrato de trabalho e estrutural na sociedade capitalista, na medida em que a força de trabalho somente se realiza quando vendida ao capital. Seu destino dirige-se estruturalmente à alienação em favor do empregador sob a condução sutil dos fios invisíveis da teia capitalista. O trabalho desconectado da propriedade no mundo capitalista reduz o sujeito trabalhador a apenas força de trabalho, ou seja, a algo a ser vendido como mercadoria em troca de salário. Infere-se aí que o viver do salário é a consequência do ser despossuído e não a própria condição de dependente.

A direção dos serviços não é condição essencial para existência de trabalho dependente, embora seja uma das consequências mais habituais. O exemplo do vendedor externo ou do trabalhador intelectual é emblemático no sentido de demonstrar que nem todo trabalho assalariado é heterodirigido. Por isso, é a condição de proprietário dos meios de produção que legitima o comando do capitalista e não a situação inversa. O poder ínsito à propriedade dos meios de produção explica como pode ocorrer trabalho por conta alheia sem a direção dos serviços. Há casos em que o empregador é o dono do resultado do trabalho sem necessitar exercer o comando.

O segundo elemento é a pseudo liberdade de trabalho. A despeito das liberdades discursivas do capitalismo, aos despossuídos cabe a “livre” única opção de vender sua força de trabalho. A liberdade de trabalho dos que não têm substancial propriedade é inócua: se não tem como possuir meios produção, sempre tem que se vender. Neste primeiro sentido, ela é totalmente inexistente.

Conjuntamente com o poder do capitalista baseado em sua propriedade, o assalariado é o sujeito pri-

12 O jovem Orlando Gomes, conjugando as contribuições de La Cueva e Sinzeheimer, aponta que o direito de propriedade funda uma situação de poder do empregador sobre o empregado. Convém reproduzir o elucidativo trecho: “É fato incontroverso que a propriedade não confere apenas um poder sobre as coisas, mas, também, sobre os homens. Nos domínios da produção de riqueza, esse poder do proprietário concretiza-se, juridicamente, em um conjunto de faculdades através de cujo exercício faz sentir sua autoridade sobre os trabalhadores, isto é, sobre os homens que, não podendo ser proprietários de meios de produção, põem, à disposição dos que podem, a sua força-trabalho” (GOMES, 1944, p. 119).

vado de real liberdade. O capitalismo dissocia os fatores de produção (capital versus trabalho) e, conseqüentemente, sempre força o trabalhador a vender seu trabalho, salvo quando o trabalhador é titular do capital, situação em que ele já é o próprio capital. O capital afasta inicialmente o trabalho dos meios de produção, mas simultaneamente força a venda de trabalho como condição de sobrevivência.

Adiante, num segundo sentido, a liberdade de trabalho é deveras pequena, embora existente quando o empregado pode ter alguma escolha aonde oferecer seu serviço. Em momentos de grande crescimento econômico, a força de trabalho, valorizada pela larga procura, tem alguma liberdade: vender-se para empregador A ou empregador B, conforme o maior quinhão prometido. Neste modelo societal, a liberdade plena de trabalho teria que pressupor a real capacidade de todo trabalhador acessar a condição de empresário. Ou seja, a verdadeira liberdade justificaria que a condição de empregado fosse uma real e livre opção do trabalhador, mas nunca uma necessidade de sobrevivência.

Infere-se que, no capitalismo, o homem trabalhador não mais vende mercadoria (produto do trabalho), mas é a sua força que é comercializada. Dissocia-se, com evidência, o feitor do trabalho e o proprietário do resultado, situação que até então era coligada. O autônomo é aquele que é proprietário da matéria-prima e do resultado do trabalho, sendo que nele foi empregado sua força. Assim, o autônomo tem liberdade para quem vender e não somente se vincula a um único tomador. Aqueles que têm capital razoável para instituir e dirigir sozinhos sua empresa, mas que preferem seguir certos modelos de parceria (franquias, contratos de prestação de serviços, parceiros capitalizados, entre outros) são, por opção, sócios do capital, não sendo dependentes econômicos. É a esta a distinção da dependência econômica com a subordinação objetiva que incluiria estas pessoas integradas a um processo produtivo.

Tudo isto leva a compreender o sujeito assalariado como sinônimo total de sujeito dependente, como aquele tem seu trabalho apropriado pela empresa. Encontra-se o sujeito dependente como o ser despossuído e coagido a se vender como apenas mercadoria (força de trabalho). Neste particular, a subordinação jurídica em nada capta a questão do assalariado e sua pseudo liberdade. A dependência econômica, então, engloba a subordinação jurídica, sendo muito mais ampla do que esta, uma vez que considerando os elementos prévios do assalariado pode também considerar o trabalhador subordinado normalmente como dependente. O trabalho por conta alheia implica estado de dependência do trabalhador, a qual é "uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros, pertencerem originariamente a pessoa distinta da que efetivamente trabalha, esta se reserva um poder de direção ou de controle sobre os resultados [...]" (OLEA, 1969, p. 32).

O esqueleto geral do assalariamento é a relação de trabalho entre um proprietário e outro não-proprietário, na qual há uma dependência estrutural e prévia do segundo para com o primeiro. É esta dependência prévia a tônica do regime do assalariamento, pois quem vende trabalho e não mercadoria (vendida somente pelo proprietário) é assalariado. Quem vende trabalho é sempre subsumido ao seu comprador, pois vende algo que, por ser uma parte de um produto qualquer, somente se concretiza quando for vendida, isto é, quando colocada em ação na produção. A venda de trabalho (força de trabalho) é, assim, sempre dependente no capitalismo.

Com desenvolvimento econômico-social, a pobreza individual deixa de ser sinônimo de desposseimento. Associa-se, *prima facie*, assalariamento à pobreza individual, o que é um equívoco consoante análise aprofundada, uma vez que desposseimento não significa necessariamente miséria ou pobreza individual. Como na concepção clássica da dependência econômica, a epiderme do fenômeno foi caracterizada como o próprio fenômeno. O assalariado era inicialmente o sujeito despossuído universal, logo, sujeito pobre ou miserável. Entretanto, o atual assalariado não é necessariamente o sujeito inserido na situação de pobreza. A condição salarial transpõe, para alguns, a margem da pobreza, elevando-os a condição de classe média ou até de altos-empregados. Nem por isso, deixam estes de serem sujeitos dependentes econômicos.

A par desta distinção entre pobreza e assalariamento, falar em desposseimento corresponde a afirmar que o sujeito, tendo algum patrimônio, não tem propriedade suficiente para montar sua empresa, ou seja, não detém os meios de produção. Embora, tenha até um automóvel ou uma residência, o trabalhador não tem como viabilizar economicamente a constituição de uma empresa, o que lhe coloca numa relação social de venda compulsória de força de trabalho. Portanto, é preciso distinguir, novamente, que a dependência econômica atinge o sujeito pobre pauperizado e os demais sujeitos medianos (profis-

sionais intelectuais, artistas, vendedores, técnicos, professores, entre outros) que também ocupam a posição social de assalariado.

Percebendo a dependência como prévia, estrutural e distinta de pobreza, cumpre firmar sua delimitação conceitual não mais pelas consequências do fenômeno do trabalho assalariado – como fez parcialmente a teoria da subordinação jurídica. Sabe-se que as definições construídas sobre as consequências dos fenômenos tendem a não captar a sua inteireza, como também a se esvaziar quando o mesmo fenômeno alterna seus efeitos. São estes os exemplos dos diversos critérios que atuaram como notas distintivas do Direito do Trabalho, eis que todos captavam apenas uma consequência parcial do assalariamento e logo se tornavam inadequados. A dependência técnica não se adequa ao empregado com domínio técnico, a sujeição hierárquica não combina com o trabalho intelectual, a vigilância e fiscalização têm dificuldades de materialização no trabalho a domicílio, a pobreza individual não explica a ocorrência de altos e médios assalariados e, por fim, a integração à empresa comporta, além dos assalariados, os autônomos. Em todos estes casos, a ênfase foi na consequência e não na causa.

O sentido da expressão “venda de força de trabalho” refere-se ao bem cuja utilidade econômica é resstrita, por depender do seu acoplamento a um empreendimento, mais precisamente pela sua conjunção com a propriedade (meios de produção). Sendo o trabalho um elemento da empresa, seu destino é o de estar contido nesta. O trabalho dissociado da propriedade não pode agir como empresa; somente lhe cabe retornar a empresa pela “venda compulsória de força de trabalho”. Ao contrário, quando o trabalho encontra-se associado à propriedade seu resultado deixa de ser apenas força de trabalho (valor-de-uso) e passa a ser uma real mercadoria (valor-de-troca), recebendo os epítetos jurídicos de produto ou serviço.

Nesta definição, é preciso realçar que o trabalhador dependente é exatamente aquele que, por ser despossuído, trabalha por conta alheia e, assim, não se apodera dos resultados desta entrega de trabalho. O trabalho por conta alheia origina o sujeito dependente como fundamento do Direito do Trabalho. Daí, forma-se, por simetria, o conceito de empresa como ente que se apropria dos resultados positivos e negativos – os riscos do negócio –, inclusive porque normalmente dirige a organização da empresa.

Neste particular, dirigir a organização da empresa é um conceito muito mais amplo do que o estabelecimento da hierarquia e de sua faceta mais visível de “emitir ordens”. O ícone da empresa não é o mando, mas a propriedade. Mais importante do que dirigir os serviços – o que pode ser traduzido num controle contínuo da atuação do empregado – é estruturar e organizar os serviços, os quais poderão até ser executados sem esta reiterada direção (vide situação do vendedor viajante). Organizar a empresa diz respeito a estabelecer os rumos da atividade econômica, fixar a dimensão territorial de atuação, definir os preços dos bens e serviços que comercializa e, principalmente, ser juridicamente o proprietário do resultado do trabalho dos seus empregados.

A condição de dono não propicia a atuação como chefe emissor de ordens e fiscalizador, até porque este papel é cotidianamente atribuído aos seus capatazes. O dono cria e organiza, delega a direção aos altos-empregados, mas, sempre, é o proprietário da riqueza gerada pela força de trabalho que comprou. É isto o comando geral inerente a qualquer titular de empresa, sendo o modelo fordista apenas uma possibilidade dentre muitas, a exemplo das pós-fordistas, de dirigir a atividade da empresa.

A par disto, o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “depender”. O verbo “depender” – ação daquele que é dependente – deve privilegiar a semântica de “pertencer”, “estar condido” e “fazer parte” em detrimento da subordinação advinda do “estar sujeito” ou carecer economicamente (HOUAISS, 2009, p. 616). O empregado é dependente porque sua força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado. A demarcação da dependência foi feita, até aqui, sem adjetivos, numa concepção generalizante. Todavia, é preciso fazer uma opção de recorte desta ampla delimitação visando enfatizar seu aspecto preponderante. A ênfase no aspecto econômico consiste no realce da força e do poder da propriedade. Fala-se em “econômica” para sempre lembrar que a causa e a continuidade do estado de dependente advém da apropriação alheia do trabalho, ocorrida em nome da propriedade.

A chave da compreensão crítica da dependência é, então, seu conteúdo econômico, como correlato à au-

sência de propriedade. Trata-se da percepção de que esta forma de trabalho dependente é estruturada pelas condições econômicas da sociedade capitalista. Em nome da propriedade, coage-se ao trabalho, como também, por força da propriedade, expropria-se a riqueza criada pelo trabalhador. Não é à toa que o centro do capitalismo converge à propriedade e não ao trabalho, embora seja o trabalho fundador da riqueza que se represa em propriedade.

Qualificar a dependência como econômica significa explicitar a natureza capitalista da venda da força de trabalho e seu conseqüente Direito capitalista do Trabalho, que na fuga conveniente do extrajurídico termina esquecendo suas imbricações econômicas. Almeja-se destacar que a manifestação concreta de vontade e a liberdade, no capitalismo, pressupõe um sujeito proprietário, sendo remanescente a coação e a restrição da vontade para os não-proprietários. Daí, resta impraticável considerar como contratantes iguais na sua livre vontade negocial o empregado e o empregador, nas recorrentes tendências flexibilizantes de retorno da convalidação da autonomia privada.

Da mesma forma, objetiva rememorar que se os sistemas jurídicos pretendem concretizar o valor da dignidade humana devem combater o poder veiculado pela propriedade, através de limitações constitucionais e legais. O ascendente solidarismo de uma Constituição-Dirigente, para lograr seu firmamento, precisa conter o capital. Nesta direção, deve-se, cada vez mais, fortalecer as limitações dos poderes dos proprietários, tal como ocorre com a "função social da propriedade", Direito do Consumidor, Lei do Inquilinato e, ontologicamente, o princípio da proteção do trabalhador no Direito do Trabalho.

Nestes termos, os fios invisíveis da produção capitalista estabelecem a dependência antes do próprio contrato (coação para venda da força de trabalho), limitam as possibilidades de ocupação (dependência técnica) e, no sistema legal brasileiro, caracterizam a execução do contrato como intenso arbítrio sem possibilidade de defesa imediata do trabalho (a dispensa sem justificação, a inexistência de direito de defesa perante a punição, as possibilidades de transferências já previstas em lei) e as demais condições de sonegação de direitos da precariedade brasileira. Por fim, quando da extinção contratual, muitos ainda temem reclamar na justiça, receosos do poder do ex-empregador em posterior perseguição (lista suja e informações desabonadoras).

A relação de trabalho assalariado perpassa, nestes termos, pelas ideias de propriedade, poder e sujeição. A propriedade confere poderes e obriga aqueles que são proprietários apenas de si a se sujeitarem, como condição de vida, ao trabalho para o outro. Em essência, a leitura jurídica do fenômeno social do assalariamento indica que o trabalhador vive sob "sujeição" porque atua conforme o interesse alheio, por falta de propriedade. Assim, a dependência equivale a "sujeição", destacando o traço do poder nesta relação, enquanto a econômica elucida que o fundamento deste poder é a propriedade. Enfim, serve para que não se esqueça de que o Direito do Trabalho é, essencialmente, o Direito Capitalista do Trabalho, que confere uma dita civilidade à expropriação do trabalho dos não-proprietários.

7. CONCLUSÕES

No retorno interdisciplinar à compreensão do sujeito assalariado, verifica-se que seus caracteres cingem-se à tríade do desposuimento, coação e expropriação. Se o trabalhador é o produtor da riqueza na modernidade, prossegue expropriado da propriedade que cria. Se a liberdade de trabalho é proclamada nos discursos jurídicos, a realidade de necessidade lhe impele, como única opção, a se vender como mão de obra. Se pelo império da necessidade tem que se vender, pouco espaço haverá para manifestação de uma vontade livre. Seja no fordismo ou no toyotismo, mantém-se o processo de intensificação do trabalho assalariado, em reforço da condição dependente do trabalhador, inclusive com a vertente de dependência consentida pela lógica da colaboração. Desta análise, constata-se que dependência se apresenta prévia e estruturalmente ao próprio contrato de trabalho.

O diagnóstico, conforme visão oriunda da política, economia e sociologia, é que a atipicidade flexível e suas inovações modistas no mundo do trabalho são veiculadoras de mais precariedade no lugar de um *status* de proteção advindo do contrato de trabalho e sua tutela jurídica. Sem o medo da possibilidade de outro regime político-social, não há mais razão econômica para o capitalismo manter, de maneira irredimível, um sistema de proteção (custoso) em favor do assalariado, bem típico de um Estado Social. Na mesma política, os dilemas estão postos: cumprir o programa constitucional de uma sociedade

estruturada na dignidade humana, que dialoga com o valor social do trabalho e a livre iniciativa, na conciliação destes pela ideia de justiça social; ou, no plano do economicus, implementar uma sociedade baseada na busca da eficiência e riqueza que qualifica as tutelas jurídicas como obstáculos (onerosamente) desnecessários.

Como compromissária da primeira opção de justiça social, a dependência econômica se apresenta como a caracterização do trabalhador como o sujeito despossuído, coagido e expropriado. Por não possuir propriedade substancial – o que não significa pobreza individual –, é conduzido a vender de sua força de trabalho como simples valor-de-uso, quando poderia, caso tivesse propriedade, vendê-la como valor-de-troca. Sendo obrigado a se vender, assume socialmente uma posição de assujeitado ao poder daquele que pode lhe comprar, inclusive dirigindo-o ou não. Por fim, a riqueza que se produz neste trabalho – o valor agregado – não lhe pertence, eis que, juridicamente, é a propriedade originária do empregador, apesar de pressupor uma propriedade prévia.

Na operacionalização desta ideia ressignificada de dependência, articula-se uma racionalidade de abertura e amplitude conceitual, que transfere para o conceito de trabalho autônomo o padrão fechado da tipicidade. Na ruptura com o positivismo, afasta-se, igualmente, da pretensão de completude dos conceitos jurídicos, inclusive reconhecendo a inadequação de um conceito milimétrico que tende a ineficácia e obsolescência pela inovação, complexidade e pela processualidade histórica. Como contraposição à ideia de dependência econômica, a autonomia é, então, advinda da titularidade sobre uma organização produtiva, ainda que seja diminuta, isto é, a existência de propriedade suficiente (e trabalho humano) para a constituição da ideia (ampla) de empresa é que caracteriza a autonomia. Infere-se que é justamente a propriedade que cria as condições para o exercício do poder de direção ou mesmo propicia sua delegação para os chefes, gerentes, entre outros.

Afirmar a dependência como econômica demarca o aspecto econômico da relação, oriundo do poder que a propriedade confere ao seu titular. Destina-se a frisar que o Direito do Trabalho é, essencialmente, o Direito capitalista do Trabalho, o qual ao mesmo tempo em que confere uma civilidade à expropriação do trabalho dos não-proprietários prossegue mantendo esta relação estruturalmente de expropriação. Neste desiderato, a dependência econômica proposta, quando comparada à subordinação jurídica, tem muito mais a oferecer, seja na identificação da essência (e não da consequência) do assalariamento, inclusive a par das singularidades brasileiras, seja pela delimitação conceitual aberta perante as realidades formalmente disfarçadas ou pela aptidão a desfazer as ocultações capitalistas, a dependência econômica incorpora melhor as tarefas do Direito do Trabalho na busca por dignidade humana e justiça social.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. **Estudo sobre o Código do Trabalho**. Coimbra, Coimbra Ed, 2004.
- BARASSI, Ludovico. **Tratado del Derecho del Trabajo**. Tomo I. Trad. Miguel Sussimi. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 1ª Volume. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão salarial: uma crônica do salário**. 6ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- GASPAR, Danilo. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial**. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal da Bahia. Salvador, UFBA, 2011.
- GOMES, Orlando. **Introdução do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1944.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.
- LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo**. In Os pensadores. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª Ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978.
- MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Trad. Reginaldo Sant'anna. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 1.

- _____. **O Capital: crítica da economia política.** Trad. Reginaldo Sant'anna. 23^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 2.
- MENDES, Marcus Barberino; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Subordinação estrutural-re-ticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica.** Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcus_Jose.pdf> Acesso em 01 dez. 2008.
- OLEA, Manoel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho.** 2^a Ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009.
- Organização Internacional do Trabalho (OIT). **El ámbito de La relación de trabajo.** Disponível em <<http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2010.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária.** São Paulo: LTr, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no Contrato de Trabalho.** São Paulo: LTr, 1979.
- _____. **A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autô-nomos e parassubordinados.** Revista LTr, São Paulo, vol. 68, n.º. 11. p. 1287-1298, nov./2004.
- SMITH, Adam. **Riqueza das Nações.** (Ed. Condensada). Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego.** Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. **A Supersubordinação - Invertendo a lógica do jogo.** Disponível em <<http://www.calvet.pro.br/artigos/A%20Supersubordina%C3%A7%C3%A3o-invertendo%20a%20l%C3%B3gica%20do%20jogo-%20Souto%20Maior.rtf>>. Acesso em 15 dez. 2010.
- URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. **Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 27, n.103, p.201-217, jul/set, 2001.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 3^a Ed. São Paulo: LTr, 2005.
- ZINGUEREVITCH, Alexandre. **La Notion de Contrat de Travail.** Paris: Pedone, 1936.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: RECONHECIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO SEU CONTEÚDO

Title: Principle of Human Dignity: recognition of its contents as existential minimum

NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA
Doutoranda em Novos Direitos e Relações Sociais pela UFBA e Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA

Resumo: Como o próprio título sugere, busco no presente trabalho verificar qual o conteúdo do princípio da dignidade humana, partindo de dois pressupostos: um que os princípios tem conteúdo axiológicos de acordo com o momento sócio, histórico e cultural onde está inserido; e de que os direitos fundamentais tem incidência tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado, quanto nas relações entre particulares. A conclusão que chego é que, sendo a dignidade o princípio basilar dos direitos fundamentais, o seu conteúdo é o mínimo existencial, preenchido de acordo com as previsões constitucionais de cada ordenamento jurídico.

Palavras-Chaves: dignidade humana, conteúdo, mínimo existencial.

Abstract: As its title suggests, I search in this paper to verify the content of the principle of human dignity, based on two presupposition: first, that the principles have an axiological content according to the socio, historical and cultural time where it operates; and, second, that fundamental rights has an impact so in relations between the individual and the state as relations between individuals. The conclusion I draw is that the dignity and the fundamental principle of fundamental rights, their content is the existential minimum, completed in accordance with the predictions of each constitutional law.

Key Words: human dignity, content, existential minimum.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 COMPREENSÃO DO TERMO PRINCÍPIO: 2.1 Conceituação conforme Ronald Dworkin; 2.2 Princípios Segundo de Robert Alexy; 2.3 Conceituação de Humberto Ávila. 3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 3.1 Aspectos Históricos; 3.2 Eficácia Dos Direitos Fundamentais: 3.2.1 Eficácia Clássica dos Direitos Fundamentais; 3.2.2 Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. 4 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 4.1 O Problema da Delimitação do Conteúdo; 4.2 O Mínimo Existencial como Conteúdo da Dignidade Humana. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade humana tem sido utilizada pela doutrina e pela jurisprudência como instrumento de retórica, ou seja, serve como meio de argumentação para justificar diversas concepções, algumas inclusive contrárias. Isso decorre do fato de que a mesma não tem estabelecido claramente qual o seu conteúdo.

A questão da delimitação do seu conteúdo passa por dois problemas: o primeiro pela análise da conceituação de princípio enquanto carga valorativa distinta das regras; o segundo pela verificação de qual o âmbito de incidência dos direitos fundamentais.

Isso porque, enquanto elemento axiológico a dignidade deve ser estudada de acordo com o momento social, histórico e cultural na qual está inserida. Entretanto, deve-se aceitar que apesar de ter surgido como fundamentação da proteção do indivíduo contra o Estado absolutista, atualmente, é argumento para, nas relações privadas, reconhecer que as partes presentes não mais iguais e que também merecem proteção.

Desta forma, o problema que apresento para estudo no presente trabalho é a questão do conteúdo da dignidade que atenda ao seu aspecto valorativo, mas também esteja em consonância com a correta aplicação dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas.

Com esse foco, tenho como objetivo geral verificar se o mínimo existencial serve como conteúdo da dignidade. Já como objetivos específicos tentarei provar o caráter axiológico dos princípios e incidência dos direitos fundamentais tanto nas relações públicas, segundo a visão clássica, quanto visão incidência nas relações entre particulares.

Para tanto, o artigo está estruturado em três capítulos de conteúdo. No primeiro estudarei a delimitação do termo princípio sob a visão de três doutrinadores: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. No segundo capítulo verificarei a questão da aplicação dos direitos fundamentais na concepção vertical e horizontal. E no terceiro e último capítulo abordarei o problema central do trabalho, buscando provar que o mínimo existencial é o conteúdo do princípio da dignidade humana.

2. COMPREENSÃO DO TERMO PRINCÍPIO

Para poder compreender o conteúdo do princípio da dignidade humana, primeiramente é importante distinguir conceituar o termo princípios, distinguindo-o da noção de regras. Isso porque, as normas jurídicas estão eivadas de valores que se manifestam sob essas duas formas.

Dentre os estudiosos sobre o tema, destaco os ensinamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

2.1. Conceituação conforme Ronald Dworkin

Para Ronald Dworkin as regras são normas aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, se a regra é válida, então a resposta por ela fornecida deve ser aceita, mais se é inválida, em nada contribui para a decisão¹. Entretanto, não é possível reduzir todos os ordenamentos jurídicos às estruturas jurídicas das regras, colocando os princípios ao lado destas².

Estes, segundo o autor, devem ser analisados sob dois enfoques: em sentido amplo e em sentido restrito. No primeiro caso, o termo princípios designa a forma genérica, para indicar um conjunto de padrões formados, em sentido lato, pelas políticas e outros tipos de padrões que não são as regras. Já no sentido restrito, o termo representa um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.³

Analisando a conceituação de Ronald Dworkin, observa Carla Faralli que os princípios são

realidades heterogêneas em relação às regras, mas são complementares a elas no ordenamento jurídico: as regras são válidas enquanto normas estabelecidas, e podem ser mudadas somente por força de uma deliberação, enquanto os princípios são válidos enquanto correspondem a exigências morais sentidas num período específico, e seu peso relativo pode mudar no decorrer do tempo.⁴

O conteúdo material do princípio, seu peso específico, é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. Eles orientam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando violá-los.⁵

A distinção entre regras e princípios, na concepção de Dworkin, pode ser assim resumida:

(1) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, isso porque, diante dos fatos que uma regra estipula tem-se que a regra é válida (deve ser aceita) ou que a regra é inválida (deve ser recusada), enquanto os princípios não apresentam consequências jurídicas que se

1 DWORKIN, Ronald. Levando o Direito a Sério. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39

2 FARALLI, Carla. A Filosofia Contemporânea do Direito. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 04.

3 DWORKIN. Op. Cit., p. 36.

4 FARALLI. Op. Cit., 2006, p. 04.

5 CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível na internet no site http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html. Acesso em 26 maio 2009.

- seguem automaticamente quando as condições são dadas;
- (2) os princípios possuem dimensão de peso ou importância, que não é compatível com as regras;
- (3) se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo ser excluído do ordenamento, fato que não ocorre com os princípios, posto que o conflito entre eles apenas o afasta da incidência do caso concreto.⁶

Quanto a efetividade dos princípios nas decisões judiciais, o autor afirma que os princípios possuem obrigatoriedade e devem ser levados em conta por juízes e juristas, mas distinta das regras. E esclarece que como obrigatórios, os princípios devem ser observados pelos juízes quando pertinentes.⁷

Desta forma, tem-se que, para Ronald Dworkin, tanto os princípios quanto as regras têm origem nas normas, sendo que os princípios têm uma carga valorativa relacionada com dimensões morais, não compatível com as regras. Em virtude dessa característica a aplicação das regras exclui a outra conflituosa do ordenamento, o que não acontece com os princípios, sendo este afastada somente da incidência sobre o caso concreto, nunca do ordenamento.

2.2. Princípios Segundo de Robert Alexy

Segundo o entendimento de Robert Alexy os princípios “[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”⁸. Eles são comandos de otimização⁹, e estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas¹⁰.

As regras, por sua vez, *“son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como mandatos definitivos”*.¹¹ Por isso, as normas só podem ser cumpridas ou não, isto é, se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos¹².

Distinguindo regras e princípios, afirma Robert Alexy que *“le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación”*¹³, ou seja, a diferença entre os dois tipos de normas está no grau de valoração compatível com a sua aplicabilidade. Essa distinção tem reflexos diretos na colisão de normas. Quando duas regras entram em conflito uma deve ser considerada inaplicável, deve ser descartada. Entretanto, quando o mesmo ocorre com dois princípios, estes devem ser ponderados no caso concreto, sendo que a aplicação de um deles não invalida o outro.¹⁴

Diferenciando a concepção de normas e princípios entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, ressalta Pablo

6 DWORKIN. Op. Cit., p. 39-45.

7 DWORKIN. Op. Cit., p. 48.

8 Tradução: São normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N. 66. Sep./Dic. 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 26.

9 Neste sentido Manuel Atienza salienta: en mi concepción los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 674.

10 AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 42. N. 165. Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/lmg/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 126.

11 Tradução: São normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outoram um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como mandamentos definitivos. ALEXY, Robert. Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009, p. 40-41.

12 AMORIM. Op. Cit., p. 126.

13 Tradução: eles correspondem dois tipos diferentes de aplicação de normas: a subsunção e a ponderação. ALEXY. Derechos. Op. Cit., p. 44.

14 Ibidem, p. 40-41. Neste sentido também AMORIM Op. Cit., p. 126.

Larrañaga que:

Para Alexy tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. La distinción entre reglas y principios es, pues, una distinción entre clases de normas. En su opinión, la distinción es cualitativa o conceptual, rechazando, al igual que Dworkin, la teoría de que la distinción entre principios y reglas es un asunto meramente de grado, y que considera que los principios no son más que reglas con un alto nivel de generalidad. Para Alexy, los principios se diferencian de las reglas en que éstos «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas». En este sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las situaciones fácticas y de las posibilidades jurídicas. Así, a diferencia de las reglas, las cuales sólo pueden ser cumplidas o incumplidas por ser normas que exigen un cumplimiento pleno -es obligatorio hacer lo que se ordena, ni más ni menos-, los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican.¹⁵

Verifica-se que, distintamente do pensamento de Ronald Dworkin, para quem as regras e princípios se diferenciam tão somente no grau de aplicabilidade, ou seja estão em grau distintos; Robert Alexy considera ambos são hierarquicamente iguais, mas tem conteúdo normativo distinto, os princípios são comandos de otimização, enquanto que as normas são mandamentos definitivos.

2.3. Conceituação de Humberto Ávila

Sobre a distinção entre regras e princípios, na doutrina brasileira, destaco o pensamento de Humberto Ávila, que entende que os princípios são

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁶

E complementa Humberto Ávila que os princípios são um fim a ser atingido. Eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas; obrigação de fazer o que for necessário para promover o fim.¹⁷ As regras, em contrapartida

são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a

15 Tradução: Para Alexy tanto as regras como os princípios podem conceber-se como normas. A distinção entre regras e princípios é, desta forma, uma distinção entre classe de normas. Na sua opinião, a distinção é qualitativa ou conceitual, afastando, tal como Dworkin, a teoria de que a distinção entre princípios e regras é um assunto meramente de grau, e que considera que os princípios não são mais que regras com um alto nível de generalidade. Para Alexy, os princípios se diferenciam das regras por assim «são normas que ordenam que se realize algo na melhor medida do possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fácticas». Neste sentido, os princípios jurídicos são mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diversos graus em função das situações fácticas e das possibilidades jurídicas. Assim, a diferença das regras, as quais somente podem ser cumpridas ou não cumpridas por serem normas que exigem um cumprimento pleno – é obrigado a fazer o que se ordena, nem mais nem menos –, os princípios estabelecem uma obrigação que podem cumprir-se em diversos graus, dependendo das possibilidades jurídicas que estabelecem outros princípios e regras em sentido contrário, e do contexto fáctico no qual se aplicam. LARRAÑAGA, Pablo. Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. In Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N. 1. Oct./1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#l_19_>. Acesso em: 18 maio 2009.

16 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

17 Ibidem, p. 79-80.

construção conceitual dos fatos.¹⁸

Resumidamente, Robson Zagre explica que os princípios estão no campo deontológico, por serem proposições dogmático jurídicas, estabelecendo “fundamentos normativos comportamentais para interpretação e aplicação no Direito e da necessidade premente de uma complementação por via de outras premissas normativas”¹⁹. As regras são “concretização normativa formalizada considerando sua validade ou invalidade para uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica”²⁰.

A distinção entre os princípios e as regras deve ser feita com base em três critérios: 1) natureza da descrição normativa – as regras descrevem objetos determináveis e os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido –; 2) natureza de justificação – as normas exigem subjunção da descrição com o caso concreto e os princípios exigem avaliação de correlação positiva entre a conduta e a coisa –; e 3) natureza da contribuição – as regras têm pretensão de decidibilidade e os princípios têm pretensão de complementariedade.²¹

Destarte, enquanto os princípios são um comportamento normativo ideal para alcançar um fim, as regras possuem a finalidade nos seus próprios comandos, devendo o aplicador do direito se ater a este.

Independente da concepção adotada para conceituar princípios: como uma norma de caráter superior hierarquicamente às normas, conforme Dworkin; como um mandamento de otimização, distinto do mandamento definitivo, segundo Alexy; ou mesmo, como comportamentos normativos ideais a serem alcançados, no entendimento de Ávila; todos reconhecem que este está imbuído de carga valorativa, sendo este a principal distinção com as regras. Neste caso, sendo a dignidade um princípio, o problema está em qual a carga valorativa que lhe deve ser atribuída.

3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de responder a questão acima verificarei a questão da eficácia dos direitos fundamentais. Essa análise é importante pois a dignidade humana é o elemento que uni todos os direitos fundamentais²², seja na visão clássica como na possibilidade de aplicação destes nas relações privadas.

A relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais é indiscutível. Salienta Marcelo Novelino Camargo que “os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, e certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida”²³.

3.1. Aspectos Históricos

Os direitos fundamentais do homem e do cidadão são discutidos pelos sistemas jurídicos desde a antiguidade²⁴, entretanto, no presente trabalho optei por fazer um recorte buscando estudar somente a partir do período moderno, iniciado com a Revolução Francesa e os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Para tanto, elegi dois importantes documentos que são considerados pontos de

18 Ibidem, p. 78.

19 ZAGRE, Robson. Teoria da Argumentação Jurídica: análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Disponível em: <http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf>. Acesso em 18 maio 2009, p. 13.

20 Ibidem, p. 13.

21 ÁVILA. Op. Cit., p. 83-84.

22 CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 572. Neste sentido também SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 99-100.

23 CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo Jurídico da Dignidade Humana. In Leituras Complementares de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Podvim, 2007, p. 116.

24 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10. Neste sentido também MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104-106.

virada história²⁵: a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789.

A primeira tem importância pelo fato de que foi o “primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”²⁶. Já a segunda, reproduzindo os ideários da revolução francesa, prever no artigo 1º que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”²⁷. Mas merece salienta Fábio Konder Comparato que ela se destaca por ter sido “em si mesma o primeiro elementos constitucional do novo regime político”²⁸ instaurado pós Revolução.

Ambos os documentos reconhecem a necessidade de se tutelar valores individuais como a liberdade e a igualdade. Mas “a grande diferença [entre eles] está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representantes de interesse geral”²⁹.

Em virtude da importância história, estes devem ser analisados sob três aspectos: o político, o filosófico e o teórico.

O primeiro está fundado na questão da soberania, entendido como o fato de o Estado ser encarado como um sujeito unitário capaz de manifestar sua vontade e realizar ações concretas, não admitindo – teoricamente – interesses contrários ao seu³⁰. Toda a ordem jurídica, tanto no âmbito privado quanto no público foram pensados sob o foco de romper com os ditames absolutistas que vigoraram durante a Idade Média, proporcionando a burguesia, então em surgimento, uma maior segurança para desenvolver-se. E, nesta perspectiva, a proclamação desses documentos desencadearam a “mudança radical nos fundamentos da legitimidade política”³¹. Isso porque, proporcionou-se “[...] a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”³².

No segundo aspecto, o filosófico, verifica-se a ideia de superação dos ideais jusnaturalistas e juspositivistas, visto que ao invés de um “fundamento divino ou próprio da natureza humana, os valores materiais referidos vieram manifestados justamente na figura dos direitos fundamentais, fontes da importante ênfase humanística do Direito Constitucional”³³. Neste sentido salienta Fábio Konder Comparato que o fundamento teórico dos direitos fundamentais está no fato de que “[...] todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância”³⁴.

Gilmar Ferreira Mendes, não concordando com a superação de tal dicotomia e aponta como fundamento filosófico para os direitos fundamentais o seguinte esquema:

[...] para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo,

25 Ididem, p. 106.

26 COMPARATO. Op. Cit., p. 119.

27 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

28 COMPARATO Op. Cit., p. 163.

29 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

30 VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. In Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007, p. 11.

31 COMPARATO Op. Cit., p. 63.

32 Ibidem, p. 65.

33 VICTORINO. Op. Cit., p. 12.

34 COMPARATO. Op. Cit., p. 24.

ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.³⁵

O terceiro e último aspecto, a teórica, tem fulcro na nova ordem constitucional instaurada, que permitiu que esta irradiasse seus efeitos materiais para os demais ramos do direito³⁶. Ela possui relação íntima “[...] com a formação do chamado ‘novo constitucionalismo’”³⁷.

Essa análise permite que se entenda a aplicação dos direitos fundamentais tanto na concepção clássica – indivíduo sendo protegido do poder estatal –, quando na concepção horizontal – a incidência destes na proteção do indivíduo dentro das relações privadas.

3.2. Eficácia Dos Direitos Fundamentais

A abordagem sobre a eficácia dos direitos fundamentais tem correção com a aplicabilidade do mesmo, isto é, sobre quais relações jurídicas ela vai incidir. Neste tocante, duas são as análises: a incidência perante o poder público e a incidência nas relações entre particulares.

3.2.1 Eficácia Clássica dos Direitos Fundamentais

Classicamente os direitos fundamentais são concebidos como forma de contrapor e assegurar os direitos individuais, diante do Estado absolutista opressor, ou seja, eles são direitos que opostos pela sociedade contra o Estado a fim de assegurar os seus direitos humanos, fundados em uma ordem constitucionalmente garantida. Essa concepção clássica é definida por alguns doutrinadores, a exemplo Cláudio Henrique Bezerra Leite, como a eficácia vertical dos direitos fundamentais, vez que refere-se a

[...] limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco).³⁸

Neste sentido também merece destaque a conceituação de Gilmar Ferreira Mendes:

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (Abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.³⁹

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins conceituam os direitos fundamentais como sendo “[...] direitos públicos-subjetivos de pessoa [...], contidos em dispositivos constitucionais [...], tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁴⁰.

Verificando estes conceitos, depreende-se que eles partem da análise do indivíduo enquanto ser que precisa ser protegido do poderio do Estado, entretanto, os direitos fundamentais também podem ser ponderados sob a ótica do ser humano em si mesmo, e conceituados “como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre e fraterna de todas as pessoas”⁴¹. Mas cabe destacar que todos esses conceitos trabalham com duas concepções dos direitos fundamentais: a subjetivas e objetivas.

35 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 113.

36 VICTORINO. Op. Cit., p. 13-14.

37 Ibidem, p. 11.

38 LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 34.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In Revista Jurídica Virtual. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012, p. 02.

40 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 115.

41 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 572-573.

Na acepção subjetiva relacionando-se com o sentido de que os direitos fundamentais são posições jurídicas essenciais para a proteção da pessoa⁴², ou seja, “[...] o seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual”⁴³. Reflete a visão clássica e, como salienta Gilmar Ferreira Mendes, “[...] uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”⁴⁴.

Por sua vez, a concepção objetiva decorre da constitucionalização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da necessidade de estabelecer limitações do poder e da sua forma de atuação, ou seja, atua como limite da racionalização do poder e como vetor para a sua atuação⁴⁵. Oferecem “critérios de controle da ação estatal”⁴⁶.

E resume Dirley da Cunha Júnior que

Ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do status jurídico-constitucional da pessoa: como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídicos-constitucionais do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa [...] ou positiva [...] de outrem; como elementos objetivos fundamentais da ordem democrática, os direitos fundamentais inserem o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade.⁴⁷

Ou seja, subjetivamente têm-se o aspecto axiológico, dos direitos fundamentais garantidos e que podem ser judicialmente reclamados. Já objetivamente encontram-se as ações, o meio, através do qual se efetivará a aplicação dos direitos fundamentais face ao Estado.

Para Marcelo Freire Sampaio Costa, a maior importância do reconhecimento da dimensão objetiva é o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁴⁸. A aplicação deste perante outras relações jurídicas que não somente esta tradicional, como a que será a seguir analisada: a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.2.2 Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas

A despeito da visão clássica da aplicação dos direitos fundamentais passou-se a analisar a possibilidade de estes terem eficácia também sobre as relações particulares. Essa mudança de posicionamento se deu como decorrência da própria condição humana e o reconhecimento de que as pessoas precisam ser protegidas não só dos atos praticados pelo Estado, mas também dos atos praticados pelos seus semelhantes.

Reconhece-se que os homens não são iguais como ditavam as primeiras declarações, mas sim desiguais, e precisam ser tutelados dentro dessa desigualdade. Isso proporcionou a aceitação de que há superioridade e inferioridade nas relações privadas, como nas relações de trabalho e de consumo, por exemplo, surgindo a necessidade de proporcionar a incidência dos direitos fundamentais, como forma de minimizar e reequilibrar a sociedade.⁴⁹

Desta forma, podemos afirmar que, conforme entende Cláudio Henrique Bezerra Leite, que

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares,

42 Ibidem, p. 642.

43 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 117.

44 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 152.

45 Ibidem, p. 153. Neste sentido também CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 642.

46 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 118.

47 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 644. Neste sentido também COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Eficácia dos Direitos Fundamentais entre Particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 56.

48 COSTA. Ibidem, p. 57-59.

49 Neste sentido CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 649; e SOMBRA. Op. Cit., p. 114.

o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares.⁵⁰

Entretanto, tal teoria não é aceita unanimemente na doutrina. Os que a negam apegam-se a incidência conforme a visão clássica dos direitos fundamentais, alegando que estas deve refletir somente nas relações entre o Estado e os cidadãos. Neste sentido Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins são contrários à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, chegando a serem categóricos em afirmar tal impossibilidade. Para tanto fundamentam no fato de que

A história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi a de limitar o poder do Estado a favor dos indivíduos a este submetidos. Essa finalidade continua sendo primordial. O destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais, mesmo por intermédio de concessão de serviço público ou permissão especial. [...]

Neste sentido, os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado, que podem ser tanto deveres de abstenção de intervir na esfera da liberdade garantida dos indivíduos, como deveres de prestação ou de manutenção de estrutura ou organização.⁵¹

Segundo Schwabe, citado por Mijail Mendoza Escalante, o que haveria na realidade é um conflito aparente de sujeito. Os direitos fundamentais só têm como destinatário de suas normas o Estado, na sua função originária de defesa, e no caso da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares também persiste a relação originária – Estado/particular –, porque sempre será o Poder Judiciário quem terá o poder para decidir o conflito no caso concreto⁵².

Salienta Rodrigo Andrade de Almeida que

Em linhas muito gerais, o raciocínio é o seguinte: todos os direitos fundamentais decorrem, de alguma maneira, do princípio da dignidade da pessoa humana; se os direitos fundamentais refletem a pauta moral vigente na sociedade, então sua observância, respeito e efetividade não devem se restringir ao Estado, mas a toda e qualquer relação jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado!⁵³

Por sua vez, entre os que reconhecem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas podem ser divididos em dois grupos: os que só aceitam a incidência de forma indireta ou mediata e os que admitem de forma direta ou imediata. A primeira corrente alicerça-se no fato de que os direitos fundamentais têm como característica a necessidade de regulamentação legislativa infraconstitucional, isto é, devem ser aplicados e interpretados em consonância com os conteúdos, os alcances e os limites traçados pelo legislador⁵⁴.

Assim, cabe ao legislativo atuar em duas dimensões: a negativa ou proibitiva, que proíbe o legislador de violar, através de leis, direitos fundamentais; e a positiva, que obriga este a criar normas que implementem e assegurem a efetividade dos direitos fundamentais, destacando quais podem refletir nas relações particulares⁵⁵. Mijail Mendoza Escalante destaca uma terceira dimensão que seria a interpretativa, na qual os direitos fundamentais seriam referência de orientação para a aplicação e interpretação das normas já existentes⁵⁶.

50 LEITE. Op. Cit., p. 36.

51 DIMOULIS; MARTINS. Op. Cit., p. 102.

52 ESCALANTE, Mijail Mendoza. La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares. Disponível em: < <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf> >. Acesso em: 08 jul. 2012, p. 06.

53 ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Funcionalização do Direito. Disponível em: < http://ufba.academia.edu/RodrigoAndradedeAlmeida/Papers/1340104/A_EFICACIA_HORIZONTAL_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_EA_FUNCIONALIZACAO_DO_DIREITO >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 41.

54 ESCALANTE. Op. Cit., p. 04.

55 LEITE. Op. Cit., p. 37.

56 ESCALANTE. Op. Cit., p. 04.

Já a incidência direta e imediata fulcra-se no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que as normas e direitos fundamentais têm aplicação direta. Gilmar Ferreira Mendes defende que esta é uma das características dos direitos fundamentais é a sua aplicação direta, pois o supramencionado dispositivo autoriza que os "juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação". Não sendo "necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada"⁵⁷.

Este pensamento também é explicitado na doutrina estrangeira, merecendo destaque o pensamento de Mijail Mendoza Escalante, ao afirmar que "*Esta vinculación implicaría la obligación de los jueces ordinarios en aplicar directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos*"⁵⁸. E como consequência da aplicação direta o autor destaca dois efeitos: a modificação das normas de direito privado que existem e a criação de novas normas⁵⁹.

Entendo que, a despeito de a teoria dos direitos fundamentais ter nascido para tutelar o indivíduo contra o Estado absolutista, atualmente, a desigualdade verificada naquele momento histórico, também, atualmente, tem sido encontrada nas relações privadas, a que permite tal incidência. Esta, por sua vez, deve ser direta, pois não pode ficar a cargo do legislador fazer restrição a esses direitos, bem como às determinações constitucionalmente previstas. Desta forma, os direitos fundamentais podem os direitos fundamentais serem aplicados para tutelar as pessoas tanto nas relações públicas, quanto nas relações privadas.

4. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo do pressuposto de que os princípios são enunciados, positivados ou não, com conteúdo axiológico, e que a dignidade humana é o princípio motivador e unificador dos direitos fundamentais, seja na visão tradicional, quanto na possibilidade de sua incidência nas relações privadas, resta agora analisar o seu conteúdo.

4.1. O Problema da Delimitação do Conteúdo

Ele está associado às ideias de suprema importância, valor fundamental e inviolabilidade da pessoa humana⁶⁰. Isso porque, os direitos fundamentais trouxeram a tutela do homem para o centro das relações jurídicas. E no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana está expressamente prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil. Isto significa que, toda a ordem jurídica nacional deve atendê-lo.

A necessidade de delimitar o conteúdo surge do uso, comum na jurisprudência e na doutrina, da dignidade como argumento de fundamentação e legitimação de tudo, ou seja, como instrumento de retórica. Neste sentido lembra Roberto Andorno que serve inclusive para fundamentar tese completamente opostas, como acontece no debate da eutanásia e do suicídio assistido⁶¹.

Esse uso indevido fez surgir um paradoxo entre a prática e a teoria. Na prática, vez que há a necessidade de assegurar um conceito para a vida social civilizada. E na teórica, que corresponde a uma justificação sem referências metafísicas.⁶²

Entretanto, a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais não é aceita unanimemente por todos os doutrinadores. Afirma Christian de Paul de Barchifontaine a impossibilidade de traçá-lo em virtude de seu aspecto histórico, pois varia consoante as épocas e os locais, sendo um conceito evolutivo

57 MENDES. Hermenêutica. Op. Cit., p. 134.

58 Tradução: Esta vinculação implicaria a obrigação dos juízes ordinários em aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos casos. ESCALANTE. Op. Cit., p. 03.

59 Ibidem, p. 03.

60 ANDORNO, Roberto. The Paradoxical Notion of Human Dignity. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012, p. 02.

61 Ibidem, p. 02.

62 Ibidem, p. 03.

dinâmico⁶³.

O problema na busca, que acaba gerando a negação acima, não está no fato de que ele é um instrumento histórico, pois ainda que histórico, ele pode ser um conteúdo delimitado dentro do momento, tempo e cultura estudado. A questão está no fato de que toda a estrutura dos direitos fundamentais, como visto, e, conseqüentemente da dignidade da pessoa, estão tradicionalmente estruturados para a proteção do cidadão face o Estado. Neste sentido, Fábio Konder Comparato saliente que a dignidade da pessoa humana teria como alguns reflexos a proibição da pena de morte, ainda que por um processo regular, e na proteção do meio ambiente⁶⁴.

Nas palavras de Comparato é fácil entender o quanto salientado por Roberto Andorno: "*In other words and paradoxically, it is easier to understand what is contrary to human dignity than what is in accordance with it*"⁶⁵. Todos sabem o que é indigno, mas não conseguimos explicar o que é uma coisa digna para os seres humanos.

Isso decorre do fato de que, como salienta Mário Lúcio Quintão Soares,

A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta no vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no art. 1º mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana.⁶⁶

Neste sentido também elucida Ingo Wolfgang Sarlet de que a dignidade trata-se de um conceito com "contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ambigüidade e porosidade assim como por sua natureza necessariamente polissêmica"⁶⁷. Desta forma, verifico que o problema de estabelecer o seu conteúdo está no fato de ser ele um conceito aberto, mas isso não impede que se estabeleça um conteúdo mínimo, que será preenchido de acordo com o momento histórico, social e cultura.

Deixar totalmente aberto o termo sem uma mínima definição de quais os parâmetros devem ser seguidos ou mesmo buscados é que tem gerado a insegurança e o paradoxo apontado. Isso porque, sem o norteamento do que seja a dignidade tudo pode ser encaixado no seu conceito.

4.2. O Mínimo Existencial como Conteúdo da Dignidade Humana

Na busca por esse conteúdo mínimo, Fábio Konder Comparato estruturou o estudo da dignidade em cinco fases históricas. Em cada uma delas é possível verificar uma estruturação da dignidade de acordo com as concepções exigidas em cada época.

A primeira fase se deu com a redução da "ideia de que os indivíduos e os grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba"⁶⁸ e não mais somente aos pertencentes da tribo. Na segunda fase, há um entendimento de que a pessoa é a substância individual da natureza racional, sendo visa como a própria "substância do homem" de "forma que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade"⁶⁹.

63 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e Dignidade humana. In O Mundo da Saúde. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilu.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009, p. 439.

64 COMPARATO. Op. Cit., p. 43-44.

65 Tradução: Em outras palavras e paradoxalmente, é mais fácil entender o que é contrário a dignidade humana do que favorável. ANDORNO. Op. Cit., p. 07.

66 SOARES, Mário Lúcio Quintão. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012, p. 05.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

68 COMPARATO. Op. Cit., p. 24.

69 Ibidem, p. 31-32.

A terceira fase de Comparato foi iniciada por Kant e a sua racionalidade prática, ao formular o seguinte enunciado: "Apenas um ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou, por outras palavras, só ele possui uma vontade"⁷⁰. Daí conclui que

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁷¹

Como consequência da terceira fase o princípio da dignidade deixou de ser visto apenas com um fim negativo de não prejudicar ninguém e passou a ter um fim positivo "de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social"⁷².

Nesta fase há a consolidação de elementos como a felicidade como conteúdo da dignidade, não só própria, mas também alheia, e afirma "[...] a ideia do homem como um fim em si mesmo induz não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade de outrem"⁷³.

Sobre a felicidade afirma Fábio Konder Comparato que o seu conceito está interligado com a filosofia grega – um bom espírito guardião – e mantendo relação com uma vida virtuosa e se afastando da ideia puramente objetiva e sentimental que lhe foi atribuído na Idade Moderna⁷⁴.

A quarta fase caracteriza-se na compreensão de que "pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas"⁷⁵, ou seja, é o único ente vivo que se subjeta voluntariamente as normas em decorrência do reconhecimento de um valor. E a quinta e última fase, surgente, segundo o autor, no século XX, reconhece que o ser humano não exerce o papel de personagem na vida, mas sim possui identidade singular, inconfundível a de qualquer outro, merecendo ser respeitado em decorrência desta individualidade⁷⁶.

Nesta fase surge a concepção de mínimo existencial, um mínimo dígno. Não unicamente do aspecto patrimonial, mas sim de assegurar a pessoa o pleno exercício dos direitos da personalidade⁷⁷, não enquanto ente individual e único, mas parte de um todo coletivo. Como decorrência do caráter intersubjetivo que lhe é conferido, sempre buscando a "convivência social harmônica"⁷⁸.

O preenchimento do mínimo existencial depende do momento histórico e sócio-cultural onde o indivíduo está inserido. Não há como dissociar a ideia da dignidade humana destes aspectos, pois o homem é um ente histórico, sócio e cultural.

No sistema jurídico brasileiro, Marcelo Novelino Camargo aponta que o mínimo existencial passaria pela associação da dignidade com outros direitos fundamentais constitucionalmente garantido, como a saúde, a educação fundamental, a moradia entre outros direitos fundamentais⁷⁹. Neste sentido, também, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo destacam que todos os direitos sociais

70 KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Disponível em: < http://www.xr.pro.br/IF/KANT-Fundamentacao_da_Metafisica_dos_Costumes.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012, p. 17.

71 COMPARATO. Op. Cit., p. 33-34.

72 Ibidem, p. 36-37.

73 CUNHA JÚNIOR. Op. Cit., p. 587.

74 COMPARATO. Op. Cit., p. 118-119.

75 Ibidem, p. 38.

76 Ibidem, p. 39.

77 Neste sentido LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. Revista de Direito Privado. Vol. 42. Abr/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://goo.gl/mvi7>>. Acesso em: 07 jun. 2012, p. 04.

78 SOMBRA. Op. Cit., p. 100.

79 CAMARGO. Op. Cit., p. 124-125.

compõem um núcleo de direitos mínimos que devem ser assegurados a todas as pessoas.⁸⁰

Desta forma, posso afirmar que o princípio da dignidade tem como conteúdo o mínimo existencial preenchido de acordo com cada ordenamento jurídico, sendo que no sistema jurídico brasileiro, o mínimo existencial seriam os direitos assegurados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o quanto analisado no presente trabalho, apresento as seguintes conclusões:

1. A dignidade humana é o princípio fundamentador das relações jurídicas e, na busca pela delimitação do seu conceito, tem-se que:

1.1. Segundo Ronald Dworkin tanto os princípios quanto as regras têm origem nas normas, sendo que os princípios têm uma carga valorativa relacionada com dimensões morais, não compatível com as regras. Em virtude dessa característica a aplicação das regras exclui a outra conflituosa do ordenamento, o que não acontece com os princípios, sendo este afastada somente da incidência sobre o caso concreto, nunca do ordenamento;

1.2. Para Robert Alexy os princípios são comandos de otimização e se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus. Distintamente das normas que, por serem mandamentos definitivos, sua não aplicação implica na sua invalidação;

1.3. Já segundo Humberto Ávila os princípios são um fim a ser atingido. Eles instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas; obrigação de fazer o que for necessário para promover o fim, estando estes em um campo axiológico;

1.4. Desta forma, verifica-se que os princípios são regras de conteúdo axiológico moral e devem ser preenchidos de acordo com o momento social, histórico e cultural de cada sociedade e atendendo o ordenamento jurídico vigente.

2. Mas sendo a dignidade o elemento basilar dos direitos fundamentais, verifiquei a incidência destes segundo a visão clássica – vertical – e segundo a visão horizontal. Para tanto, fiz o recorte metodológico na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789, em virtude da importância histórica que tiveram.

2.1. Na incidência tradicional, reconhece-se que o Estado exerce poder sobre os indivíduos e, por consequência lógica, estes precisam ter seus direitos protegidos daqueles;

2.2. Já a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, tem como fulcro o entendimento que o desenvolver das relações humanas provocou uma desigualdade nas relações privadas, merecendo serem tuteladas tal como a relação pública;

2.2.1. Tal visão não é aceita como unânime, afirmando os que a negam que os direitos fundamentais somente podem ser opostos face o Estado, pois esta é a finalidade para o qual foram desenvolvidos;

2.2.2. Entre os que admitem a incidência há duas correntes: a que aceita a aplicação, entretanto somente de forma indireta ou mediata, através da atuação do legislador; e a que, com fundamento no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal afirma que os direitos fundamentais não podem ser limitados ou restringidos, devendo ser aplicados de forma direta ou imediata;

2.3. Neste ponto, reconhecendo a desigualdade nas relações privadas e tendo a dignidade como elemento unificador das teorias dos direitos fundamentais, entendo que estes devem ser aplicados

80 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In *Direitos Fundamentais*. N. 1, Out./Dez. 2007. Disponível em: < http://www.djfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012, p. 173-178.

sempre e em qualquer relação onde houver necessidade de forma direta ou imediata.

3. Mas qual o conteúdo do princípio da dignidade? A importância de responder a esta pergunta repousa no fato de que este tem sido usado como instrumento de retórica, inclusive para sustentar teses contrárias.

3.1. Nesta busca, alguns entendem que não há a possibilidade de estabelecer um conteúdo para a dignidade, pois este varia de acordo com o momento sócio, histórico e cultural;

3.2. Não nego o caráter relativista da dignidade, mas entendo ser necessário estabelecer um mínimo a ser preenchido por cada sociedade e cada ordenamento e este seria o mínimo existencial;

3.3. E no ordenamento jurídico brasileiro, este mínimo seria preenchido com os direitos assegurados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- . **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. In Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N. 66. Sep./Dic. 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Funcionalização do Direito**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/RodrigoAndradedeAlmeida/Papers/1340104/A_EFICACIA_HORIZONTAL_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_EA_FUNCIONALIZACAO_DO_DIREITO>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 37-43.
- AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas**. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 42. N. 165. Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://www.eduvaleavare.com.br/Img/downloads/R165-11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2009.
- ANDORNO, Roberto. **The Paradoxical Notion of Human Dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.
- BARCILONA, Christian de Paul de. **Vulnerabilidade e Dignidade humana**. In *O Mundo da Saúde*. Ano 30. Vol. 30. N. 3. Jul-set./2006. São Paulo. Disponível em: <http://www.scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 28 maio 2009.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. SAMPAIO, Patrícia (trad.). Disponível na internet no site http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/patdwork.html. Acesso em 26 maio 2009.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **O conteúdo Jurídico da Dignidade Humana**. In *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Podvim, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos Direitos Fundamentais entre Particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodvim, 2012.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DUARTE, Hugo Garcez. **O direito civil constitucional: em busca de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In *Prisma Jurídico*. Vol. 9, N. 1, jan./jun. 2010. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2010, p. 137-154.

- DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESCALANTE, Mijail Mendoza. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares**. Disponível em: < http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos_horizontales.der.fund.pdf >. Acesso em: 08 jul. 2012.
- FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. GULLO, Candice Premaor (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARRAÑAGA, Pablo. **Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy**. In Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N. 1. Oct./1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#l_19_>. Acesso em: 18 maio 2009.
- LEITE, Cláudio Henrique Bezerra. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego**. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 33-45.
- LISBOA, Roberto Senise. **Dignidade e solidariedade civil-constitucional**. Revista de Direito Privado. Vol. 42. Abr/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: < <http://goo.gl/UsfUD> >. Acesso em: 07 jun. 2012.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: < http://www.xr.pro.br/IF/KANT-Fundamentacao_da_Metafisica_dos_Costumes.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, et.al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. In Revista Jurídica Virtual. Vol. 2. N. 13. Jun./1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.
- PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. In. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em: < http://www.researchgate.net/publication/40534024_A_vinculao_dos_particulares_aos_direitos_fundamentais >. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 165-188.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-44.
- _____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In Direitos Fundamentais. N. 1, Out./Dez. 2007. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2012, p. 171-213.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < <http://www.angelfire.com/pro/arquivos/files/e4.htm>>. Acesso em: 15 maio 2012.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais**. In. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007, p. 10-21.
- ZAGRE, Robson. **Teoria da Argumentação Jurídica: análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf>. Acesso em 18 maio 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E ATIVIDADES DE RISCO: UM ESTUDO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RACHEL FREIRE DE ABREU NETA

Procuradora do Trabalho; é pós-graduada em Direito do Estado pelo Juspostivm e em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região em convênio com a UFBA.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade apresentar os principais aspectos atinentes à responsabilidade civil do empregador em caso de atividade de risco, propondo-se, ainda, uma releitura do instituto tendo em foco uma maior efetividade dos direitos fundamentais. A necessidade advém do manifesto caráter genérico da expressão "atividades de risco", que fragiliza a prestação jurisdicional, dificultando o real acesso à justiça. A adoção do sistema

de responsabilidade objetiva, nesse contexto, não se limita a indicar a exigência, ou não, do elemento "culpa" para definição da responsabilidade, mas, sobretudo, impõe um estudo pormenorizado da noção de "atividade de risco", para fins de encontrar, nessa expressão, um caminho para a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Empregador. Atividades de risco. Direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais aspectos atinentes à responsabilidade civil do empregador em caso de atividade de risco, propondo-se, ainda, uma releitura do instituto tendo em foco uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, faz-se mister asseverar que a referida temática tem se apresentado como um árduo e pesaroso desafio aos estudiosos e aplicadores do ordenamento jurídico pátrio. Isso porque o problema da responsabilidade é inerente à própria ciência jurídica. Como acertadamente pondera Sérgio Cavalieri Filho, "a responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual, é uma abóbada que enfeixa todas as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade"¹.

Verifica-se, dessa forma, que a discussão no que tange à responsabilidade civil é inerente ao próprio ser humano, pois se dirige, em verdade, à redistribuição de riquezas segundo os ditames da justiça, posto que o dano – como fonte geradora dessa responsabilidade – viola o equilíbrio patrimonial e moral, sendo necessário, portanto, restabelecê-lo.

Nesse diapasão, as questões inerentes à responsabilidade exurgem, na esfera social, como elementos propulsores de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, mais enfatizadas, portanto, quando envolvem sujeitos em situação de desigualdade, a exemplo do que ocorre na relação de emprego.

D'outra sorte, como externa o próprio Código Civil, em seu artigo 927, caput, todo aquele que, em sua atuação, causar dano a terceiro deve ser devidamente responsabilizado. A situação em epígrafe se agrava ainda mais quando está em voga uma atividade de risco, como bem preceitua o parágrafo único do mesmo dispositivo ao prever a aplicação da teoria objetiva nessas hipóteses.

Nesse ponto, destaca-se relevante discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de aplicação, ao acidente de trabalho, dos dispositivos do diploma civilista, a despeito do quanto disposto no art. 7º, XXVIII, da Carta Maior, que prevê expressamente a responsabilidade subjetiva do empregador.

Há que se ressaltar, ademais, outra relevante questão no que diz respeito ao conteúdo jurídico da expressão "atividade de risco". À primeira vista, tem-se a idéia de que tal matéria está perfeitamente definida, uma vez que o dispositivo civilista acima mencionado prevê a aplicação da teoria objetiva

1 CAVALIERI FILHO, Sergio apud STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

nessas hipóteses.

Contudo, não se pode olvidar o princípio protecionista que rege o Direito do Trabalho, exigindo, portanto, uma adequação dos institutos adotados nesta seara, assim como uma interpretação voltada para uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Faz-se mister ressaltar, dessa forma, a importância das construções jurisprudenciais para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, como também os riscos inerentes ao processo de tomada de decisões, visto que a construção da doutrina trabalhista baseia-se, essencialmente, na inovação/renovação dos precedentes judiciais de acordo com as necessidades prementes de cada momento histórico.

Optou-se, então, por uma temática mais voltada à proteção dos direitos sociais trabalhistas, daí porque se tratar do acidente de trabalho e da responsabilidade civil do empregador, matérias bastante discutidas na atualidade e cujos reflexos atingem diretamente a proteção de direitos.

A necessidade advém do manifesto caráter genérico da expressão “atividade de risco”, que fragiliza a prestação jurisdicional, dificultando o real acesso à justiça. Outrossim, a responsabilidade do empregador é dotada de peculiaridades, que se enfatizam quando as atividades normalmente desenvolvidas ensejam um risco maior à vida do trabalhador do que a um cidadão comum.

Destaque-se, por oportuno, que não se tem a pretensão de, com este trabalho, esgotar a matéria em tratativa, eis que se trata de temática bastante complexa e sobre a qual perduram inúmeras divergências.

A adoção do sistema de responsabilidade objetiva, nesse contexto, não se limita a indicar a exigência, ou não, do elemento “culpa” para definição da responsabilidade, mas, sobretudo, impõe um estudo pormenorizado da noção de “atividade de risco”, para fins de encontrar, nessa expressão, um caminho para a concretização dos direitos fundamentais.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

A responsabilidade civil do empregador apresenta-se, na atualidade, como relevante temática, bastante discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Isso porque, em que pese a regra geral de responsabilização prevista no art. 927, caput, do Código Civil, confirmada pela previsão constante do art. 7º, XXVIII, da Carta Maior², ambos exigindo o elemento subjetivo para fins de responsabilização, o parágrafo único do art. 927 do Diploma Civil apresenta importante inovação.

Quanto a isso, observe-se a previsão do dispositivo civilista em análise:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O grande questionamento sobre essa matéria gira em torno, portanto, da possibilidade de se aplicar o parágrafo único do art. 927 do Código Civil às atividades normalmente desenvolvidas pelo empregador, quando estas causarem ao empregado um risco superior ao que está normalmente submetido quando desenvolve seu trabalho.

Nesse diapasão, conquanto a seara trabalhista goze de características especiais e, em grande medida, distancie-se da esfera civilista, não se pode negar a aproximação que existe ainda entre essas disciplinas, especialmente no que diz respeito a sua origem comum, baseada no Direito Privado.

² A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXVIII, garante aos trabalhadores urbanos e rurais “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Destaque-se, por oportuno, a seguinte lição do autor Adib Pereira Netto Salim³:

O novo Código Civil brasileiro trouxe significativa novidade sobre o tema responsabilidade civil. Em verdade, após uma longa história de adesão quase total à responsabilização subjetiva, encontramos agora previsão expressa no novo texto civil de responsabilidade objetiva do causador do dano. É claro que a tradição de apego à teoria subjetiva não foi rompida. Entretanto, em situações especiais, nas chamadas atividades com risco inerente, há uma troca de critério, passando o legislador a adotar a teoria objetiva, muito provavelmente em razão do grande número de acidentes nesses setores, pautado na teoria secular do risco criado, em atenção à dificuldade de prova por parte da vítima.

Observando-se a lição acima, é possível verificar que uma das justificativas para que o Diploma Civil adotasse um sistema de responsabilidade mais gravoso nas atividades de risco deu-se em razão da situação de hipossuficiência do ofendido que, muitas vezes, não consegue comprovar a culpa do agente, embora este tenha adotado, espontaneamente, uma atividade que incutia ao lesado um risco maior.

Dessa forma, e considerando as especificidades do Direito do Trabalho, que tem por objetivo fundamental a proteção do empregado, notadamente hipossuficiente em relação ao empregador, não se pode olvidar que se existem motivos para proteger a vítima em uma relação civil, cujas partes apresentam-se de forma paritária, mais razões existiriam para a adoção da teoria objetiva em caso de atividades de risco desenvolvidas pelo empregador.

Afinal, "as atividades laborais e o próprio ambiente de trabalho tendem a criar para o obreiro, regra geral, risco de lesões mais acentuado do que o percebido na generalidade de situações normalmente vivenciadas pelos indivíduos na sociedade"⁴.

É justamente por isso que se busca defender, neste trabalho, a adoção da teoria objetiva para atividades de risco, mesmo diante da figura do empregador, eis que sua condição de superioridade em relação ao empregado apenas fortalece a necessidade de proteção do trabalhador.

Quanto a isso, são vários os argumentos apresentados pela doutrina e jurisprudência com o intuito de afastar qualquer possibilidade de conflito entre o art. 927, parágrafo único, do Código Civil e o art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Maior.

Nesse ponto, faz-se mister destacar a posição defendida pelo autor Adib Pereira Netto Salim⁵ que, em sua obra, dá ao art. 927, parágrafo único, do Diploma Civil, uma amplitude maior, posto que trata das hipóteses de responsabilidade extracontratual, daí prescindir da existência de uma relação contratual para a sua aplicação.

Por outro lado, o inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal, estaria tratando da responsabilidade contratual do empregador, decorrente, portanto, do próprio contrato de trabalho, daí a sua abrangência mais limitada, que cede espaço à teoria objetiva em caso de atividades de risco envolvendo, ou não, o empregador⁶.

A esse respeito, colhe-se da lição do autor Adib Pereira Netto Salim⁷, *in verbis*:

A questão da validade do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil brasileiro em confronto com o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB encontra-se resolvida, porque a Constituição trata da hipótese de responsabilidade contratual, ao passo que o Código Civil trata da responsabilidade extracontratual.

Se o empregador desenvolve atividade econômica que traz o risco como inerente, responderá de forma objetiva, ante a adoção da teoria do risco criado, em relação a todos os lesados, inclusive àqueles que sejam seus empregados.

3 SALIM, Adib Pereira Netto. A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 41, n. 71, jan./jun. 2005, p. 97.

4 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 587.

5 SALIM, op. cit., p. 106.

6 SALIM, op. cit., p. 106.

7 SALIM, op. cit., p. 106.

Não se poderia pensar que, em um acidente que atingisse diversas pessoas, dentro do exercício de uma atividade empresarial com risco inerente, a empresa respondesse objetivamente em relação a todos, à exceção de seus empregados.

Ainda quanto a essa temática, destaca-se importante fundamento defendido pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho⁸, segundo os quais a parte final do caput do art. 7º, da Carta Maior, prevê expressamente que os direitos enumerados por aquele dispositivo apresentam-se como mínimos, autorizando a previsão de outros desde que tenham por finalidade a melhoria da condição social do trabalhador.

Com fulcro neste argumento, compreende-se, de pronto, que a adoção da responsabilidade objetiva do empregador, na hipótese de atividade de risco, representaria uma garantia maior ao trabalhador, podendo estar tranquilamente incluída nesta previsão.

Ademais, “seria um contrassenso admiti-la para o cliente do estabelecimento, por exemplo, na condição de terceiro alcançado pelos efeitos do ato praticado, e negá-la ao empregado, que nele atua cotidianamente, estando muito mais sujeito, potencialmente, ao risco”⁹.

Essa posição foi referendada pelo autor Cláudio Brandão¹⁰, grande estudioso sobre a matéria, que, em sua obra, defende a obtenção da melhor condição social, tal qual exigido pela Carta Maior, através da adoção da responsabilidade objetiva para o empregador, desde que suas atividades exponham o empregado a um risco extraordinário, anormal.

Outro importante fundamento está baseado nos princípios do Direito do Trabalho, em especial os princípios da proteção e da norma mais favorável.

Segundo o ilustre autor Maurício Godinho Delgado¹¹, há três planos de diretrizes que indicam os princípios gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho, de modo que o primeiro é marcado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o segundo pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade e o terceiro pelo princípio da boa-fé. Esses três planos, conjuntamente, irradiam para toda a ordem jurídica, contribuindo de modo relevante para a comunicação e integração do Direito do Trabalho com a ordem jurídica como um todo.

Dessa forma, tomando como base essas três diretrizes, é possível observar a nítida comunicação entre os ramos jurídicos, com destaque para o Direito Civil, matriz de origem do Direito do Trabalho¹².

Nesse diapasão, em que pese a notória autonomia alcançada pelo Direito do Trabalho, ainda se faz possível a aplicação de institutos de outros ramos jurídicos à seara justralhista desde que compatíveis com seus princípios basilares¹³. É nesse contexto que se busca a aplicação do sistema de responsabilidade objetiva ao empregador que desenvolva atividades de risco, em nítida conformidade com o princípio justralhista da proteção.

A esse respeito, a seguinte assertiva do autor Maurício Godinho Delgado¹⁴:

A matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial, seu segmento regulatório das obrigações. Em conseqüência, permanecem inevitáveis as relações entre os dois campos do Direito.

Não há dúvida, porém, de que a autonomização do ramo justralhista conduziu à separação das duas esferas jurídicas, buscando o Direito do Trabalho, ao longo de quase dois séculos, firmar suas particularidades, em contraponto ao estuário original de onde se despreendeu.

8 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 273-275.

9 BRANDÃO, Cláudio. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. São Paulo: LTr, 2006, p. 271.

10 BRANDÃO, op. cit., p. 271.

11 DELGADO, op. cit., p. 73-74.

12 DELGADO, op. cit., p. 73-74.

13 DELGADO, op. cit., p. 73-74.

14 DELGADO, op. cit., p. 73-74.

Contudo, ainda assim, há importantes institutos, regras e princípios do Direito Civil que preservam interesse à área trabalhista. Ilustrativamente, os critérios de fixação de responsabilidade civil, fundada em culpa, que se aplicam a certas situações de interesse trabalhista (veja-se o caso da responsabilidade do empregador em vista de dano acidentário – art. 7º, XXVIII, CF/88). É claro que avanços verificados no plano civilista podem, sem dúvida, atingir também o ramo juslaboral, se houver a necessária compatibilidade de segmentos jurídicos. Nesta linha, a tendência do novo Código Civil de objetivar, em certa medida e em determinadas situações, a responsabilidade do empregador perante seu empregado, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do art. 927, do CCB/2002, vigente desde 11.01.2003).

Nesse mesmo sentido, o autor José Cairo Júnior¹⁵, que defende a aplicação dos princípios da proteção e da norma mais favorável como fundamentos suficientes a justificar a adoção do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, para o empregador quando desenvolver atividades de risco, in verbis:

Tratando-se de norma mais favorável para o trabalhador, posto que exclui o elemento subjetivo da responsabilidade civil, a regra contida no Código Civil teria preferência na aplicação ao caso concreto, em detrimento da norma constitucional que exige a culpa ou dolo para reconhecer a responsabilidade civil do empregador em caso de acidente de trabalho. Ora, o Direito do Trabalho surgiu com o objetivo de, criando uma desigualdade jurídica inclinada para a proteção do operário, equilibrar a desigualdade existente na relação fática entre empregado e empregador, que pende para este último. Trata-se do princípio da proteção do qual deriva o princípio da norma mais favorável.

Outrossim, com fulcro no princípio da norma mais favorável, deve-se adotar como regra prevalecente, na hipótese de conflito de normas, aquela que for mais favorável ao trabalhador, aplicando, para tanto, uma pirâmide normativa elástica, que permite a prevalência de normas que seriam, pelo menos em tese, hierarquicamente inferiores, desde que mais favoráveis ao trabalhador, respeitadas as normas imperativas trabalhistas¹⁶.

Destaque-se, por oportuno, o seguinte trecho de decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁷:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A norma constitucional (art. 7.º, XXVIII) abraça a responsabilidade subjetiva, obrigação de o empregador indenizar o dano que causar mediante comprovado dolo ou culpa, e o Código Civil (art. 927, parágrafo único), de forma excepcional, nos casos de atividade de risco ou quando houver expressa previsão legal, prevê a responsabilidade objetiva do autor do dano, em que não se faz necessária tal comprovação. A norma constitucional trata de garantia mínima do trabalhador e não exclui a regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que, por sua vez, atribui uma responsabilidade civil mais ampla ao empregador, perfeitamente aplicável de forma supletiva no Direito do Trabalho, haja vista o princípio da norma mais favorável, somado ao fato de o Direito Laboral primar pela proteção do trabalhador e pela segurança do trabalho, com a finalidade de assegurar a dignidade e a integridade física e psíquica do empregado em seu ambiente laboral. Comprovado o dano e o nexo causal e tratando-se de atividade que, pela sua natureza, implica risco para o empregado que a desenvolve, é irrepreensível a decisão regional que manteve a condenação da empregadora em danos morais. Recurso de revista conhecido e não provido.

O autor Cláudio Brandão¹⁸ assevera, ademais, que o direito à proteção à saúde do trabalhador sofreu, com o tempo, muitas transformações, integrando, na atualidade, o conteúdo dos direitos fundamentais, daí o interesse público subjacente de assegurar a integridade física e psíquica do empregado, especialmente em se tratando de empregador cujas atividades normalmente desenvolvidas imputam ao trabalhador

15 CAIRO JÚNIOR, José. O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador. São Paulo: LTr, p. 112.

16 DELGADO, op. cit., p. 184-185.

17 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 161940-38.2005.5.01.0521, Relator Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, julgado em 25/05/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 03 jun. 2011.

18 BRANDÃO, op. cit., p. 280.

um risco anormal.

Isso pode ser extraído, ainda, do princípio da dignidade da pessoa humana, hoje elevado a fundamento da Constituição Federal, até porque “a solução vem da hermenêutica fundada na prevalência dos princípios constitucionais originários, da necessária unidade da Constituição e da análise sistemática do ordenamento”¹⁹.

Esse entendimento poderia levar, por outro lado, à defesa da aplicação da teoria subjetiva, com fulcro no art. 7º, XXVIII, da Carta Maior, sob o fundamento de que se trataria de direito do empregador garantido constitucionalmente. Contudo, há que se buscar, nesse ponto, a finalidade da norma, que busca, em verdade, trazer uma garantia ao trabalhador, daí a necessidade de interpretá-la em favor daquele em razão de quem foi concebida – o trabalhador –, e não utilizá-la para limitar a sua proteção.

A esse respeito, colhe-se da lição da autora Ana Paola Santos Machado Diniz²⁰:

Ora, quando vislumbra o ordenamento como mais conveniente aos interesses jurídicos do empregado que a responsabilidade direta, inicialmente fundada na culpa, sedimente-se na teoria do risco, ao menos em situações específicas de maior risco à saúde ou segurança, nada mais faz do que criar uma teia tutelar mais espessa. Esse fato não ab-roga a regra geral. Reduz sua esfera de atuação, porém, em contrapartida, garante ao trabalhador uma melhor condição.

3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA IDENTIFICAÇÃO DAS “ATIVIDADES DE RISCO” NO CASO CONCRETO

Após a apresentação do significado de “responsabilidade”, seus elementos e modalidades, definindo a teoria objetiva como sistema de responsabilidade adotado neste trabalho, é possível compreender essa matéria como produto do contexto histórico em que está inserida, daí sofrer leituras diferentes a depender da própria conjuntura político-econômica vivenciada.

A responsabilidade civil do empregador é temática bastante discutida na atualidade, principalmente quando se refere ao acidente de trabalho. O estudo que se pretende, todavia, não visa esgotar a matéria em tratativa – conforme já explicitado –, mas tão-somente apresentar a temática – mais especificamente quanto às atividades de risco –, suas divergências como também a importância das decisões jurídicas na definição de institutos, além de uma interpretação tendo em foco os direitos fundamentais sociais.

Nesse ponto, embora se possa afirmar, na atualidade, que grande parte da doutrina e da jurisprudência já admite a aplicação da teoria objetiva na hipótese de atividades de risco desenvolvidas pelo empregador, há grande divergência quanto à definição dessas “atividades de risco”.

Isso porque tal expressão apresenta-se de forma genérica, daí a necessidade de interpretá-la, no caso concreto, com fulcro nos direitos fundamentais sociais, tal qual será tratado no tópico a seguir.

Inicialmente, tem-se a pretensão de analisar, neste estudo, a divergência jurisprudencial sobre a matéria, partindo, em seguida, para uma sugestão de interpretação tendo em vista os direitos fundamentais sociais.

Para tanto, mister se faz observar, em uma primeira análise, duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, ambas tratando da atividade desenvolvida por motoristas profissionais, considerada, nas hipóteses em tratativa, atividade de risco, a saber:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO E PENSÃO. A CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DEPENDE DO ENQUADRAMENTO TÉCNICO DA ATIVIDADE EMPREENDIDA COMO SENDO PERIGOSA. ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. MOTORISTA DE VIAGEM. 1.1. Condenação ao pagamento de

19 BRANDÃO, op. cit., p. 287.

20 DINIZ, Ana Paola Santos Machado. Saúde no Trabalho: prevenção, dano e reparação. São Paulo: LTr, 2003, p. 170.

indenização por dano moral e de pensão mensal, baseada na aplicação da responsabilidade objetiva, pressupõe o enquadramento técnico da atividade empreendida como sendo perigosa. 1.2. Os motoristas profissionais, aplicados ao transporte rodoviário enfrentam, cotidianamente, grandes riscos com a falta de estrutura da malha rodoviária brasileira. O perigo de acidentes é constante, na medida em que o trabalhador se submete, sempre, a fatores de risco superiores àqueles a que estão sujeitos o homem médio. Nesse contexto, revela-se inafastável o enquadramento da atividade de motorista de viagem como de risco, o que autoriza o deferimento dos títulos postulados com arrimo na aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido²¹.

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. – MOTOBOY –. DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. 1. Tese regional, fulcrada na exegese dos artigos 2º da CLT e 927, parágrafo único, do Código Civil, a afirmar a responsabilidade objetiva, nas atividades em que um dos contratantes exponha o outro a risco, bem como a assunção, pelo empregador, dos riscos da atividade econômica. 2. Prevalendo nesta Corte compreensão mais ampla acerca da exegese da norma contida no caput do art. 7.º da Constituição da República, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, visto que o acidente automobilístico de que foi vítima o trabalhador – que laborava na função de –motoboy– –, ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a reclamada, notadamente considerada de risco. Precedentes. 3. Inviolados os arts. 7º, XXVIII, da Constituição da República e 186 e 927 do Código Civil. Inespecífico o aresto paradigma coligido. Aplicação das Súmulas 23 e 296 do TST. Recurso de revista não conhecido²².

A escolha das decisões acima explicitadas justifica-se pela própria abordagem sugerida no presente trabalho. Busca-se, aqui, desenvolver uma visão holística do fenômeno jurídico, por ora, em estudo, qual seja a responsabilidade civil. Isso porque as relações sociais estão em constante evolução, sendo, pois, o sistema de responsabilidade objetiva fruto do próprio desenvolvimento humano e social.

Quando se fala na aplicação do sistema de responsabilidade objetiva nas hipóteses de acidente de trabalho, estando presente uma atividade de risco, verifica-se uma postura mais condizente com a evolução do instituto da “responsabilidade civil”. Isso porque as constantes situações de risco – muitas delas geradas pelo próprio empregador – têm causado danos diversos aos trabalhadores.

O curso normal da evolução da responsabilidade civil tende a levar, sem dúvida, à aplicação da teoria objetiva aos mais variados casos. A própria complexidade das relações sociais e a constante valorização do dano injusto – em detrimento da conduta de quem o causou – já demonstra uma busca incessante pela reparação, daí a aplicação da corrente objetivista.

É justamente nesse contexto que se inserem as decisões em análise. Tais decisões não apenas definem as atividades desenvolvidas no trânsito como atividades de risco, como também aplicam a teoria objetiva por ser esse sistema mais condizente com a finalidade reparatória da responsabilidade civil, bastante adequada quando a matéria em tratativa envolve atividades de risco.

Reconhece-se, de fato, que há maior possibilidade de dano para as pessoas que atuam, profissionalmente, na atividade de transporte de cargas, assim como nos casos de ônibus que trafegam em estradas interestaduais, obrigando quem a desempenha a conviver, cotidianamente, com fatores de risco em proporção muito maior do que as pessoas que viajam esporadicamente.

O mesmo ocorre com aqueles que, no dia-a-dia, ainda que não saiam das cidades, trabalham cotidianamente enfrentando o trânsito, especialmente nas atividades desenvolvidas em motocicletas, estando assim submetidos, diariamente, a um grau muito elevado de fatores de risco, superiores àqueles a que está sujeito o homem médio.

21 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 148100-16.2009.5.12.0035, Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 25 fev. 2011.

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 59300-11.2005.5.15.0086, Relator Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, julgado em 03/08/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 12 ago. 2011.

Nesse ponto, são agravantes da situação de risco tanto a falta de conservação das rodovias como as possíveis intercorrências em razão da imprudência de outros motoristas. Essas pessoas acabam sofrendo, portanto, um ônus maior, dentro da comunidade social, e é preciso, por isso, restabelecer essa relação que já de início apresenta-se desequilibrada.

Após as considerações acima colocadas, é possível perceber que as situações em estudo apresentam uma inovação: a definição de atividade de risco não se encontra pronta e acabada. É preciso, pois, analisar o caso concreto para, assim fazendo, verificar se a atividade realizada pelo empregado o coloca em uma situação de risco habitual.

É muito comum, ainda, nos Tribunais Superiores, a repetição de entendimentos que chegam a violar princípios do Direito do Trabalho e, em contrapartida, os próprios direitos sociais, por considerarem que “nenhuma atividade laboral está infensa a riscos de acidente (no próprio dizer de Guimarães Rosa, em sua epopéia, Grande Sertão: Veredas, viver é muito perigoso) (...)”²³.

O trecho supracitado foi retirado de uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho²⁴ em que foi negada indenização por danos morais a um empregado, vítima de acidente de trabalho enquanto conduzia motocicleta para entrega de alimentos em domicílio.

Como se pode verificar, tanto os casos em estudo como a hipótese supracitada, julgada também pelo TST, apresentam grandes semelhanças, mas são tratados com considerações e fundamentos bastante diferentes por este Tribunal.

Essa mesma conclusão se extrai do trecho do seguinte *decisum*, em que o próprio TST entendeu que o motorista de caminhão não está sujeito a maiores riscos, daí não se justificar a aplicação da teoria objetiva, a saber:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - ACIDENTE DE TRABALHO - MOTORISTA DE CAMINHÃO - NÃO TIPIFICAÇÃO COMO ATIVIDADE DE RISCO- RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1. A questão atinente à natureza da responsabilidade imputada ao empregador em face da reparação dos danos que afligem os empregados no exercício de suas funções tem sido objeto de discussão perante esta Corte Superior, prevalecendo o entendimento de que a norma contida no art. 7º, XXVIII, da CF, que trata da responsabilidade subjetiva, não impede a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na Justiça do Trabalho, no caso de atividade de risco, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC [...]. 2. No caso, o Regional entendeu devida a indenização ao Reclamante, motorista de caminhão que, em acidente sofrido em rodovia, quando transportava carga da Empresa, teve um braço amputado, fratura de crânio, com comprometimento sério, por esmagamento, da face e do cérebro e fratura de mandíbula, mesmo sem comprovação de culpa por parte do Obreiro ou da Reclamada, lastreado na teoria da responsabilidade objetiva. 3. Ora, a atividade de motorista não pode ser considerada de risco, na medida em que não se coloca em perigo maior ou diferente daqueles a que estão expostos os demais motoristas, em geral. Com isso, a exceção do parágrafo único do art. 927 do CC perde terreno de aplicação, determinando a incidência da regra geral da teoria da responsabilidade civil, que é a da teoria da responsabilidade subjetiva, prevista nos arts. 186 e 927, -caput-, do CC²⁵.

O ilustre professor Jorge Luiz Souto Maior²⁶ bem ilustra essa divergência de entendimentos, chegando a afirmar que decisões como esta do TST representam a aplicação contínua de preceitos liberais em contraposição com o contexto atual, que exige maior proteção dos direitos sociais, em especial quando

23 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 3.336/2006-019-09-00.3, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 abr. 2009.

24 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 3.336/2006-019-09-00.3, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 abr. 2009.

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 22300-49.2008.5.09.0567, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, julgado em 28/09/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 07 out. 2011.

26 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Os Princípios do Direito do Trabalho e sua Negação por alguns Posicionamentos Jurisprudenciais”, in O Mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho (obra coletiva), p. 196 e segs., LTr, São Paulo, 2009, p. 224-227.

as violações ocorrem no ambiente de trabalho, contexto este bastante conflituoso e onde a solidariedade social deve perdurar.

Nesse sentido, observe-se a seguinte assertiva do professor Souto Maior²⁷:

Segundo as decisões acima, que partem do pressuposto de que “viver é muito perigoso”, se o empregado, no horário de trabalho e cumprindo suas obrigações, perder partes de seu corpo ou debilitar sua saúde, o empregador nenhuma responsabilidade possui com o ocorrido. Os argumentos expressos representam a reconstituição da linha de raciocínio produzida pelos juristas liberais no início da Revolução Industrial, que diziam que o trabalhador é o único responsável pelos acidentes do trabalho já que ao assinar um contrato ele assume os riscos da atividade que se compromete a realizar em troca do salário que lhe for pago. Tal visão é extremamente retrógrada e agride, de forma grosseira, os postulados jurídicos na órbita dos Direitos Sociais.

Apresentadas as divergências acima, mister se faz asseverar que a aplicação da teoria objetiva para as atividades de risco ainda admite excludentes como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, daí porque não deve o julgador se limitar a uma análise superficial da atividade desempenhada pelo empregado.

Conforme demonstrado com os casos em estudo, é possível que o Magistrado ingresse, mais profundamente, na análise das características da atividade desempenhada pelos empregados, por ocasião do acidente de trabalho, de modo a identificar situações de grave risco a que estão sujeitos, mesmo que não se trate propriamente de hipótese de incidência do adicional de periculosidade.

Tal relação (situação de risco e pagamento de adicional de periculosidade) mostra-se insuficiente para definir as hipóteses em que a atividade habitualmente desenvolvida pelo empregado envolva riscos graves à sua saúde e/ou segurança.

Outrossim, é possível concluir que a aplicação da teoria objetiva, na forma das decisões em estudo, representa a adoção de modernos preceitos na definição de atividade de risco, proporcionando, dessa forma, uma maior proteção aos direitos sociais dos trabalhadores.

Isso porque um conceito moderno dessas “atividades de risco” permite ao intérprete ingressar nas características intrínsecas do trabalho desempenhado pelo empregado a fim de verificar se, de fato, o mesmo estava sujeito a riscos maiores do que um indivíduo comum.

Nesse diapasão, reconhece-se uma leitura do Direito do Trabalho, assim como das atividades de risco, mais adequada com a defesa dos direitos fundamentais sociais, o que inova a seara dos precedentes judiciais, podendo servir de embasamento para novas decisões.

Nesse mesmo sentido, observe-se a seguinte decisão, proferida também pelo Tribunal Superior do Trabalho, que apresenta uma posição mais garantista sobre essa matéria no que se refere à proteção dos direitos fundamentais trabalhistas, a saber:

ACIDENTE DOTRABALHO. DANO MORAL E MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. 1. -O caput do art. 7.º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - ínsitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional,

27 SOUTO MAIOR, op. cit., p. 224-225.

portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho- (E-RR- 9951600-44.2005.5.09.0093, SDI-I, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 12/11/2010). 2. Prevalendo compreensão mais ampla acerca da exegese da norma constitucional, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, visto que o acidente automobilístico de que foi vítima o trabalhador - que laborava na função de motorista, no transporte rodoviário de cargas -, ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a reclamada, notadamente considerada de risco²⁸.

Em observância à decisão acima, comparativamente com os casos em estudo, é possível concluir que entendimentos mais modernos sobre acidente de trabalho e responsabilidade civil resultam, no mais das vezes, da necessidade de colocar o homem como centro da proteção de todo o sistema.

D'outra sorte, muitas situações são marcadas pela impossibilidade de eliminação do fator agressivo à saúde humana, o que revela a necessidade de privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento este que funciona como base norteadora de uma posição mais progressista em defesa dos direitos fundamentais.

Afinal, a adoção da teoria objetiva para fins de responsabilização do empregador no âmbito das atividades de risco representa, sem dúvida, uma linha mais evoluída, voltada à proteção de direitos. Não se trata, contudo, de uma aplicação imotivada. É preciso, portanto, analisar profundamente a atividade desempenhada pelo empregado, de modo a verificar se realmente se trata de atividade de risco.

4. A CLÁUSULA GERAL DE "ATIVIDADE DE RISCO" E SUA RELEITURA TENDO EM FOCO UMA MAIOR EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme já explicitado, outro ponto de destaque envolvendo a responsabilidade civil do empregador diz respeito à definição do que seriam "atividades de risco". Nesse ponto, faz-se mister reconhecer, ab initio, o seu caráter de cláusula geral e, como tal, "caracterizam-se por permitirem, pela via da interpretação, o seu constante aperfeiçoamento, ao longo do tempo de sua aplicação"²⁹.

Nesse sentido, colhe-se das lições do autor Cláudio Brandão³⁰:

O conceito de cláusula geral pode ser compreendido como o uso intencional de uma *fattispecie* (tipificação completa e rigorosa), repita-se, caracterizada pela sua natureza vaga e incompleta; possui uma definição aberta, o que pode ser exemplificado com as noções de boa-fé e da função social do contrato.

Dessa forma, destacam-se por seu conteúdo vago, vez que são marcadas por grande abertura semântica para fins de possibilitar a construção de seu conteúdo jurídico no caso concreto, especialmente com base nas construções jurisprudenciais³¹.

Destaca-se, quanto a isso, a seguinte colocação de Rui Stoco³²:

Ora, tipos abertos ou cláusulas gerais, com amplitude de conceito, alcançam amplo universo de abrangência e põem em risco a equidistância e equilíbrio que devem existir entre os direitos das partes e os sistemas de proteção. Isto porque as chamadas "cláusulas gerais" ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo

28 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 31100-91.2007.5.17.0013, Relatora Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, julgado em 11/05/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 20 mai. 2011.

29 BRANDÃO, op. cit., p. 227.

30 BRANDÃO, op. cit., p. 228.

31 BRANDÃO, op. cit., p. 228-229.

32 STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

É isso que acontece, a propósito, com as “atividades de risco”. A sua imprecisão inicial resulta, em verdade, da necessidade de definir o seu conteúdo jurídico a depender das exigências de cada momento histórico.

A discricionariedade do julgador no preenchimento da cláusula geral das “atividades de risco” não significa, contudo, arbitrariedade. Exige, em verdade, uma maior responsabilidade social do magistrado, que deve se preocupar, ainda mais, em motivar suas decisões, buscando extrair do caso concreto fundamentos minuciosos para a adoção de um ou outro posicionamento jurídico.

A existência das cláusulas gerais justifica-se, portanto, pela impossibilidade de previsão, pelo legislador, de todas as situações possíveis de aplicação de uma dada norma, configurando, portanto, instrumento de proteção do jurisdicionado. Não pode, portanto, ser utilizada de forma irresponsável, analisando abstratamente a hipótese em tratativa.

Conclui-se, dessa forma, que a adoção da cláusula geral das “atividades de risco” exige do intérprete um maior esforço hermenêutico, daí a necessidade de buscar, em sua definição, a realização dos direitos fundamentais, especialmente porque estes direitos configuram o núcleo essencial da Carta Maior.

Ainda quanto às atividades de risco, a adoção da linha objetivista exige que haja expressa previsão legal. Nesse mister, tende-se a invocar o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que institui o sistema de responsabilidade objetiva para aqueles cuja atividade normalmente desenvolvida implique risco aos direitos de outrem.

Como já salientado, é preciso, para tanto, observar os limites inerentes à própria idéia de “atividade de risco”. Isso porque somente estará presente essa atividade, para fins de aplicação do sistema de responsabilidade objetiva, quando se tratar de “exercício profissional contínuo e estruturado sob a forma de exploração comercial, industrial ou outra qualquer”³³, sendo o risco inseparável e intrínseco à própria atividade.

D’outra sorte, não se deve aplicar esse dispositivo em qualquer caso. Para que haja a sua efetiva incidência, é preciso analisar, com precisão, o preenchimento de seus requisitos, sob pena de se retirar, injustamente, do agente o sistema de “contrapesos” que exculpa aquele que tenha tomado todas as providências necessárias para que não ocorresse o dano³⁴.

Nesse diapasão, o autor Cláudio Brandão³⁵ define “risco” como probabilidade de dano, entendendo que, na perspectiva do contrato de trabalho, esse conceito pode ser definido com base em diversos enfoques.

Primeiramente, destaca a atividade econômica desenvolvida pelo empregador, que pode ser adotada como primeiro critério na aferição do risco, embora não suficiente. Em um segundo enfoque, como o empregado está sujeito ao poder de direção do empregador, definindo este as atividades a serem por aquele desenvolvidas, o risco poderia ser medido, então, em função do serviço executado, e não apenas em relação à atividade econômica do empregador. De outro lado, ainda é possível observar se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano imputa ao empregado um ônus maior do que aos demais membros da coletividade³⁶.

Desse modo, a identificação das atividades de risco permite ao intérprete a adoção de um critério objetivo, conquanto complexo, iniciando “na avaliação do risco em função do trabalho executado – parâmetro individual – e se conclui comparando-o com o coletivo, para se atribuir o critério valorativo (“maior do que os demais membros da coletividade)”³⁷.

33 STOCO, op. cit., p. 174.

34 STOCO, op. cit., p. 175.

35 BRANDÃO, op. cit., p. 238.

36 BRANDÃO, op. cit., p. 238.

37 BRANDÃO, op. cit., p. 238.

O autor Cláudio Brandão³⁸ ainda destaca, em sua obra, que não se deve confundir a noção de “atividade” com a realização de atos isolados, daí a necessidade de que a atividade de risco seja marcada pelo caráter habitual da prática de atos profissionais ou empresariais que imputem ao empregado um risco maior, anormal, extraordinário.

Diante da dificuldade de definir o conteúdo jurídico das “atividades de risco”, muitos autores utilizam estratégias para facilitar a sua identificação. Há, nesse ponto, atividades cuja aferição do risco é imediata, o que acontece, por exemplo, com aquelas que exigem do empregado contato, seja ele contínuo ou intermitente, com inflamáveis, explosivos ou radiação ionizante.

Quanto a isso, observe-se a seguinte assertiva da autora Ana Paola Santos Machado Diniz³⁹:

À luz do Código Civil de 2002, a regra geral da responsabilidade subjetiva cede espaço à teoria objetiva naqueles setores da atividade empresarial identificáveis como de risco à saúde do trabalhador. À míngua de legislação delimitando-os, caberá ao magistrado estabelecê-lo nas situações concretas trazidas a juízo. Poderá ter como indicativo seguro, por exemplo, os índices de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho manifestáveis em cada empresa, ou dentro da mesma empresa, em cada setor de trabalho; as atividades relacionadas como insalubres ou perigosas pelas NR-15 e 16 e, até mesmo, a legislação previdenciária quando estabelece a conexão entre a manipulação de algumas substâncias no trabalho e as doenças profissionais.

De fato, há dificuldades na definição das “atividades de risco”. Não se trata, contudo, de expressão cuja subjetividade inadmita a adoção de critérios precisos. É preciso, sim, como se exige para toda cláusula geral, a exemplo da boa-fé, maior cautela dos magistrados, a fim de buscar, no caso concreto, a identificação do risco tendo em vista a necessária proteção dos direitos sociais.

A análise dos índices de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho manifestáveis em cada empresa e, até mesmo, a observância das portarias do Ministério do Trabalho, tal qual sugerido pela autora Ana Paola Diniz⁴⁰, representam, sem dúvida, critérios objetivos que podem evidenciar, de logo, uma atividade de risco.

De fato, nem toda atividade de risco será identificada com base nesses critérios, mas uma análise minuciosa do caso concreto, tomando como base os direitos fundamentais, já afastaria a possibilidade de divergências nas decisões com base exclusivamente no entendimento subjetivo do julgador.

O que se busca, portanto, com este trabalho, é evidenciar que a matéria em tratativa, especialmente quando envolve atividades de risco, exige maior cuidado do julgador, devendo-se estar atento, ademais, para a dificuldade de produção de prova por parte do empregado nas hipóteses de acidente de trabalho.

A adoção de uma postura voltada para a realização dos direitos fundamentais permitiria, desse modo, uma maior proteção ao trabalhador, além de estar em plena consonância com os princípios informadores do Direito Material do Trabalho.

5. CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto, foi possível extrair as seguintes conclusões, algumas delas à guisa da proposta neste trabalho delineada, atinente a um estudo à luz dos direitos fundamentais:

1. Neste trabalho, mostrou-se evidente a existência de peculiaridades próprias à figura do empregador, especialmente tendo em vista a desigualdade consubstanciada na relação de emprego. Nesse ponto, destacou-se a previsão constante do art. 7º, XXVIII, da Carta Maior, exigindo o elemento subjetivo para fins de responsabilidade, e a possibilidade de sua compatibilização com o parágrafo único do art. 927 do Diploma Civil, que prevê a responsabilidade objetiva no âmbito das atividades de risco.

38 BRANDÃO, op. cit., p. 228.

39 DINIZ, op. cit., p. 169.

40 DINIZ, op. cit., p. 169.

2. Em caso de atividade de risco desenvolvida pelo empregador, aplica-se, portanto, o sistema de responsabilidade objetiva. Essa é, na atualidade, a posição adotada por grande parte da doutrina e da jurisprudência. Existe, todavia, notória divergência quanto à definição dessas “atividades de risco”.

Isso porque tal expressão apresenta-se de forma genérica, daí a necessidade de interpretá-la, no caso concreto, com fulcro nos direitos fundamentais sociais.

Trata-se, pois, de uma verdadeira cláusula geral, admitindo, pela via da interpretação, o seu constante aperfeiçoamento. A discricionariedade do julgador no preenchimento da cláusula geral das “atividades de risco” não significa, contudo, arbitrariedade. Exige, em verdade, uma maior responsabilidade social do magistrado, que deve se preocupar, ainda mais, em motivar suas decisões, buscando extrair do caso concreto fundamentos minuciosos para a adoção de um ou outro posicionamento jurídico.

3. Neste trabalho, adota-se a expressão “risco” com o sentido de “probabilidade de dano”, abrangendo, em seu conteúdo jurídico, tanto o risco na atividade econômica desenvolvida pelo empregador como aquele resultante do serviço executado, observando-se se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano imputa ao empregado um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

É preciso, ademais, levar em conta, de um lado, o exercício do poder diretivo do empregador, já que incumbem a ele, também, os riscos do negócio, sem olvidar, posto que de fundamental importância, a necessidade de contribuir para a efetivação dos direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui a Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 01 de abr. 2011.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR 3.336/2006-019-09-00.3**, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 abr. 2009.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 22300-49.2008.5.09.0567**, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, julgado em 28/09/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 07 out. 2011.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 59300-11.2005.5.15.0086**, Relatora Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, julgado em 03/08/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 12 ago. 2011.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 161940-38.2005.5.01.0521**, Relator Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, julgado em 25/05/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 03 jun. 2011.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 31100-91.2007.5.17.0013**, Relatora Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, julgado em 11/05/2011, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 20 mai. 2011.
- Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 148100-16.2009.5.12.0035**, Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 25 fev. 2011.
- CAIRO JÚNIOR, José. **O Acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- DINIZ, Ana Paola Santos Machado. **Saúde no Trabalho: prevenção, dano e reparação**. São Paulo: LTr, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SALIM, Adib Pereira Netto. **A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 41, n. 71, jan./jun. 2005, p. 97-110.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Os Princípios do Direito do Trabalho e sua Negação por alguns Posicionamentos Jurisprudenciais**. In O Mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho (obra coletiva), p. 196 e segs., LTr, São Paulo, 2009.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUTELA COLETIVA ESPECÍFICA OU RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE: A INDENIZAÇÃO MORAL COLETIVA REVERTIDA PARA A PRÓPRIA COMUNIDADE LESADA

Resumo: Ao conhecer e julgar pedido de dano moral coletivo, é viável ao Juiz do Trabalho conceder a tutela coletiva específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação descumprida. Dessa forma, presta atendimento direto aos lesados na região local do dano, seja por meio de obras (aplicação do art. 2º da Res. nº 154/2012-CNJ, inclusive no processo do trabalho), seja indiretamente, na forma de indenização, por intermédio de aporte financeiro preferencialmente a fundos municipais (como o FIA – Fundo da Infância e Adolescência). Trata-se de trabalho multi-institucional, em cooperação com outros poderes da República e ramos do Ministério Público, que maximiza o atendimento à finalidade do Estado brasileiro. É um desdobramento da dimensão política do Poder Judiciário na construção de uma sociedade mais justa, desenvolvida e igualitária.

RINALDI GUEDES RAPASSI

Juiz do Trabalho Substituto junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Especializado em Direito Material e Processual do Trabalho e habilitado em Didática do Ensino Superior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasília, especializado em Direito do Consumidor, Processos Coletivos e Direito Ambiental pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

No vasto território brasileiro, constata-se grande dificuldade de acesso à saúde de qualidade, à educação profícua e à segurança eficiente.

Por que isso acontece?

Há quem dê justificativa histórica para nossos problemas, é verdade¹.

Contudo, JOSUÉ DE CASTRO define com propriedade que *“o subdesenvolvimento é o produto da má utilização dos recursos naturais e humanos realizada de forma a não conduzir à expansão econômica e a impedir as mudanças sociais indispensáveis ao processo da integração dos grupos humanos subdesenvolvidos dentro de um sistema econômico integrado”* (sem destaque no original)².

Certamente, há espaço para que o Estado brasileiro seja mais eficiente em promover o desenvolvimento.

No que aqui nos interessa, o Estado não deve se limitar à punição dos infratores sem tentar adotar estratégias de prevenção e de orientação ou assegurar a preservação das vítimas. Como diagnosticou recentemente o sociólogo RENATO SÉRGIO DE LIMA, o Estado deve ter instituições fortes, que respeitem os direitos humanos e trabalhem de forma articulada. Mas, *“o modelo é esquizofrênico. Muitas vezes as polícias, o Ministério Público e o Judiciário trabalham em oposição uns aos outros”*³.

A responsabilidade não é só do Poder Executivo, ou do Legislativo. É do Estado como um todo e, pois, também do Poder Judiciário, além de parcela que cabe à própria sociedade (e das empresas nela inseridas).

1 Para ALFRED MARSHALL, no capítulo Cidadania e Classe Social do livro de T. H. MARSHALL, a própria condição de colônia em si já representou uma diferença gritante no desenvolvimento da cidadania no Brasil (MARSHALL, Thomas Humphrey. “Cidadania, classe social e status”. Rio de Janeiro: Zahar, 1967).

2 CASTRO, Josué de. “A explosão demográfica e a fome no mundo” in “Fome, um tema proibido”. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

3 <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1185985-criticas-a-gestao-da-seguranca-marcam-debate-sobre-violencia.shtml>, acesso em 17/11/2012.

Atentemos que o Juiz é um agente político. E o Juiz do Trabalho, um agente político que tem especial conhecimento dos problemas sociais brasileiros. Por isso, pode e deve fazer uso de seu poder constitucional, da forma mais ampla que estiver ao seu alcance, a fim de fomentar o desenvolvimento e de forma a suprir algumas carências sociais importantes.

Em outras palavras, é dever primeiro do magistrado procurar atender às metas institucionais tradicionais. Mas, além disso, não há de descurar-se da qualidade do seu trabalho, traduzida na responsabilidade social de suas decisões, de modo a zelar sempre pela boa imagem da magistratura. Isso inclui manter a consciência de que pode utilizar-se das faculdades processuais para a realização do bem-estar social. Postergar a reparação do dano coletivo pelo envio de recursos financeiros ao FAT é delegar a solução efetiva ao Poder Executivo para um futuro incerto e sem os mesmos controles a que se submete a decisão judicial.

Segundo jurista português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, "*nós, integrantes do sistema de Justiça, não podemos resolver toda a injustiça, mas, se não fizermos a nossa cota-parte na redução da injustiça, de duas, uma: ou seremos ostracizados pela população ou então nos tornaremos uma instituição irrelevante*"⁴.

E, ainda, vale lembrar a ideia de *juiz-Hércules*, uma metáfora utilizada por RONALD DWORKIN em suas obras sobre filosofia do direito para demonstrar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz que toma a melhor decisão em cada caso⁵. O jusfilósofo descreve o juiz ideal como aquele dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas - capaz de desenvolver uma teoria política completa ao se deparar com um caso difícil, pois sua decisão não deve limitar-se a estar de acordo com o Direito, mas ser simultaneamente justificável do ponto de vista da moralidade política.

Em suma, como o Poder Judiciário pode entregar plenamente a tutela específica ou equivalente, buscada no processo, e, ao mesmo tempo, aumentar o apoio ao desenvolvimento, inclusive no interior dos estados?

Como firme resposta a essa questão, em 23 de novembro de 2012, a Plenária da 1ª Semana Institucional do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região aprovou⁶ tese deste autor, resumida na seguinte ementa:

DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. REVERSÃO PREFERENCIAL PARA O LOCAL DO DANO. APLICAÇÃO DO ART. 2º DA RES. Nº 154/2012-CNJ⁷ NO PROCESSO DO TRABALHO. OFÍCIOS AO MPT E AO MP-BA.

A propositura do tema foi resultado de curiosa sequência de fatos, que resumo a seguir.

Em dezembro de 2011, o *I Congresso de Segurança Interinstitucional do Oeste da Bahia*⁸, de cuja organização participei, culminou com a aprovação de 12 metas para a região, entre as quais a 9ª, que, em síntese, apontava para a urgência de construção ou de reparação de cadeias, casas de custódias junto a delegacias da Polícia Civil. A corroborar a urgência dessa meta regional, recorde-se que o Brasil está sendo processado na Organização dos Estados Americanos por ter cadeias em péssimas condições de vida⁹ e o próprio Ministro da Justiça afirmou publicamente que preferiria morrer, a ser preso por longo período nas cadeias comuns do nosso País¹⁰.

4 http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21924%3Asociologo-defende-responsabilidade-dos-tribunais-sobre-a-democracia&catid=223%3Acnj&Itemid=583, acesso em 17/11/2012.

5 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 164-203.

6 http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=noticiaSelecionada&id_noticia=25209, acesso em 30/11/2012.

7 Até o momento da redação deste artigo não existia nenhum ato normativo do CSJT a orientar os juízes trabalhistas a respeito da matéria. Assim, propus ao Conselho Superior que cogitasse da edição de ato normativo, em processo que recebeu o número CSJT-AN-2242-53.2013.5.90.0000 (Rel. Cons. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA).

8 <http://www.amatra5.org.br/noticias.asp?ID=205>, acesso em 17/11/2012.

9 <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Port/22.11port.htm> e <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>, acesso em 30/11/2012.

10 <http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100187069/ministros-do-stf-criticam-sistema-prisional-brasileiro>, acesso em 30/11/2012.

Em março de 2012, homologuei acordo no curso de uma ação civil pública (ACP-0000410-02.2011.5.05.0651), inicialmente fixando compensação em pecúnia por dano moral coletivo, no montante de R\$205.000,00, a ser revertida em prol daquela mesma meta: a construção ou a reforma de cadeias públicas, conforme o caso, em quatro municípios da região (Bom Jesus da Lapa, Sítio do Mato, Santa Maria da Vitória e Correntina).

Algum tempo depois e diante da dificuldade do estado em realizar as obras na celeridade e eficiência pretendidas, foi obtido um novo acordo, em que a empresa, mesmo já tendo quitado sua obrigação de pagar fixada originalmente, aceitou submeter-se a novo e difícil encargo: realizar todas as quatro obras com seus próprios recursos e seguindo projetos e cronograma preparados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.

Não houve a restituição, inicialmente, do dinheiro que a empresa já depositara à disposição do Juízo. Apenas no final da tarefa e após todas as fiscalizações, os valores originais poderão ser ressarcidos.

Por isso, com a aceitação em fazer o segundo acordo, infere-se que a empresa buscou demonstrar coerência com suas alegações de responsabilidade social para comunidades na região e em outros locais, espelhada na construção de escolas rurais que já havia entregue a algumas prefeituras.

A obra está em execução e já apresenta excelentes resultados. O cronograma aponta a conclusão para o primeiro semestre de 2013. Há constante fiscalização da Justiça criminal, do MP/BA, do MPT e das empresas que figuraram como parte na ação civil pública.

A proposição desse segundo pacto fundou-se na inabalável crença do Juízo de que as empresas e os indivíduos que compõem a sociedade têm significativo interesse no desenvolvimento socioeconômico de sua região, além, é claro, do próprio Estado (Ministério Público, Justiça do Trabalho, governo do estado, governos municipais) e das instituições sociais que acompanharam presencialmente as audiências (conselhos municipais de segurança, OAB etc.).

No caso específico, a crença foi confirmada no momento da anuência da empresa acionada em suportar novas e dificultosas obrigações, dificilmente aceitáveis para um olhar mais apressado.

O raciocínio contrário também é verdadeiro: saber da destinação de indenizações em pecúnia para fundos federais, a recheiar cofres públicos distantes do local originário da lesão, é a causa da repulsa que muitos sentem ao se deparar com ações civis públicas. Além, é claro, da ainda inadequada sistemática estatística, que não valorizar o trabalho em processos coletivos, mas o iguala a uma simples causa individual que tramite sob o rito sumaríssimo.

Do ponto de vista processual, convém atentar que o Estado liberal do final do século XIX aplicava de forma neutra e indiferente as regras, por força da exacerbada importância que então se dava aos princípios da igualdade formal e da mais ampla liberdade individual. A legislação clássica objetivava precipuamente as tutelas meramente declaratórias e as ressarcitórias.

Já o direito processual contemporâneo permite ao magistrado a aplicação da modalidade processual mais adequada ao caso, respeitado o livre convencimento motivado.

Com efeito, os direitos fundamentais previstos na Constituição podem ser efetivados por intermédio do processo, se o jurisdicionado demandar em juízo. Por isso, cabe ao legislador criar normas processuais adequadas à satisfação desses direitos materiais. Contudo, é humanamente impossível prever todas as situações fáticas na lei, razão pela qual os códigos, não raramente, ou são omissos ou contêm as chamadas "cláusulas gerais", que são formulas mais genéricas a permitir ao intérprete (e, sobretudo, ao agente político) a adequação ao caso concreto.

Cabe, pois, ao juiz extrair a máxima efetividade das técnicas processuais, podendo, para tanto, lançar mão da tutela específica (*ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação descumprida*), ou a inibitória, para somente após, optar por uma compensação pecuniária. É mais consentâneo ao preceito constitucional beneficiar sempre a região originária do dano coletivo, só deixando para última hipótese a destinação de recursos a algum fundo

estadual ou, mais remotamente, federal.

Em outras palavras, visando ao máximo de efetividade, o juiz pode valorizar a tutela específica em prol do local do dano e evitar a destinação de recursos a fundos federais, como FAT¹¹, para que, com sua decisão, não termine por, incongruente, haurir ainda mais a economia de um local recém empobrecido pela ocorrência do dano coletivo¹².

Destaco tratar-se de atividade típica jurisdicional, porque desdobramento da tarefa processual de decidir qual a tutela específica objeto da condenação, ou onde aplicar o valor da indenização determinada na sentença. Por isso, a destinação de recursos à própria região lesada é tão relevante.

Nesse passo, destaco o auspicioso advento, em julho de 2012, da Resolução nº 154 do CNJ. Entendo-a plenamente aplicável, por analogia, ao processo do trabalho.

É possível, pois, fomentar projetos multi-institucionais¹³, em parceria do Judiciário com outros órgãos do Estado (inclusive outros ramos da própria Justiça, CNJ etc.), visando, por exemplo, à inclusão de jovens no mercado de trabalho e ao tratamento de dependentes de drogas, o que poderá refletir na melhoria da segurança institucional da Justiça (seus usuários, servidores e juízes).

Tudo deve ser feito da forma mais científica e transparente possível, já que as decisões judiciais estão sob constante crivo do respectivo Tribunal, da Corregedoria Regional, da Corregedoria-Geral, do STF, do TST/STJ/STM, do CNJ, do CSJT, da imprensa, da OAB, do MPT, do MP Estadual, das partes e até mesmo dos próprios colegas. Além disso, o magistrado deve agir, sempre que possível, junto com outros agentes políticos e representantes de instituições democráticas da sociedade, para aumentar as garantias de lisura e de efetividade.

Alternativamente, é viável a destinação de recursos depositados à disposição do Juízo em decorrência de indenização moral coletiva ao *FIA - Fundo da Infância e Adolescência*¹⁴, porque se trata de um

11 Ressalvo, porém, minha respeitosa opinião de que a prática de fortalecer o FAT foi efetivamente útil em um período que o fundo federal ainda era frágil, para que se estabilizasse. Entretanto, hoje tem fonte própria e suficiente de recursos. Note-se, por exemplo, que o patrimônio financeiro do FAT terminou 2011 em R\$185,4 bilhões e não há atualmente como o Codefat utilizar todo esse valor, por falta de projetos (<http://www.valor.com.br/brasil/2686822/uso-do-fat-para-qualificacao-caiu-46-no-ano-passado>, acesso em 17/11/2012).

12 Em 4/7/2012 e nesse sentido, o Excelentíssimo Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN Presidente do Tribunal Superior do Trabalho concedeu medida liminar em ação cautelar em recurso de revista nos processos nºs TST-Caulnom-6981-06.2012.5.00.0000 e TST-Caulnom-7001-94.2012.5.00.0000, porquanto, entre outros fundamentos, "como reconheceu, em princípio, a própria Juíza presidente da execução, não se afigura útil a exigência do depósito do expressivo valor da indenização dos danos morais coletivos. Por primeiro, porque retiraria do fluxo de caixa dos executados montante superior a um bilhão de reais. (...) E, finalmente, porque a retenção do referido valor não beneficiará a tutela das vítimas das doenças decorrentes da contaminação ambiental. Importante frisar que, nos termos da decisão exequenda, o valor reverter-se-á ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, o que esvazia, por completo, a utilidade da abreviação do procedimento de apreensão patrimonial.". Ressalto os ingentes e verdadeiramente hercúleos esforços da Excelentíssima Juíza do Trabalho MARIA INÊS TARGA nas inúmeras e constantes tentativas de conciliação, inclusive visando à reversão da quantia em prol da comunidade de onde originou o dano.

13 A ideia inspira-se na filosofia que embasa o programa TJC - Trabalho, Justiça e Cidadania, ao congrega diversas instituições da sociedade para alcançar um bem comum, com apoio da população e maior segurança dos usuários, servidores e membros da magistratura. Outro bom exemplo de sinergia dos órgãos do Estado vem da cidade do Rio de Janeiro, que sofria há muito tempo com a insegurança pública. Somente quando se intensificaram, simultaneamente, esforços dos diversos ramos dos Poderes municipais, do Estado membro e da União, inclusive do Poder Judiciário e diversas instituições civis e militares, obteve-se sucesso na pacificação e desenvolvimento socioeconômico de comunidades carentes como a Rocinha. E, mesmo após o primeiro período, mais crítico, iniciativas conjuntas permitiram o fornecimento e a continuidade de outros serviços públicos, não só aqueles ligados à segurança.

14 MODELO DE DESPACHO:

"1. Vistos etc.

2. DETERMINO, com fulcro nos arts. 227 da CRFB, 88, IV, do ECA, e 2º da Res. 154/CNJ, este por analogia, que o montante depositado à disposição do Juízo (fls. x) seja dividido em três em partes iguais e CADA UMA DELAS SEJA DEPOSITADA em favor dos respectivos FIA – Fundo para a Infância e Adolescência dos municípios de __, __ e __.

3. OFICIE-SE aos respectivos CMDCA – Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, a fim de que INFORMEM, EM 10 DIAS, o número da conta do FIA que deverá receber o depósito e para que PRESTEM CONTAS da utilização

fundo **municipal** previsto no ECA, art. 88, IV, e administrado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente. Onde não ainda tiver sido criado, a simples determinação de depósito é um ótimo impulso para que passe a existir e vir a melhorar a educação, a saúde e a segurança de crianças e adolescentes nas cidades e, por consequência, de suas famílias.

Nesse particular, registro que o Ministério Público estadual tem ajuizado ação civil pública para, se necessário, criar o FIA em cada um dos municípios beneficiados pela decisão oficial. Por isso, convém enviar cópia da decisão ao MP do respectivo estado. Isso significa também mais um ganho institucional: trabalhar em excelente parceria com o Ministério Público, seja para viabilizar a aplicação de recursos, seja para contar com sua fiscalização.

Há também os fundos **estaduais**. Nesse aspecto, reformulo pensamento anterior, em razão de uma indesejável centralização (e, note-se, delegada ao Poder Executivo), com possível aplicação em atividade distante do local do dano. Penso que os fundos estaduais não têm o mesmo mérito de um fundo municipal, bem mais próximo ao local da lesão, passível, inclusive, de uma fiscalização mais direta e efetiva por parte dos interessados. De toda forma, vale ressaltar que, para fomentar diretamente projetos laborais no âmbito de um estado membro, foi criado o *Fundo* estadual baiano *de Promoção do Trabalho Decente - Funtrad* (Lei estadual n.º 12.356/11), que visa à captação, repasse e aplicação dos recursos para custear as políticas públicas destinadas a gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento, além de combater os trabalhos infantil e escravo.

Pode-se compensar pecuniariamente, ainda, diretamente, entidades cadastradas junto aos MP, ao MPT e aos órgãos estaduais, como a *CEAPA - Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas* (<http://www.seap.ba.gov.br/index.php/ceapa>), consideradas oficialmente habilitadas para receberem doações advindas de processos judiciais.

Com isso, é viável enviar recursos para instituições que cuidam de deficientes, menores, drogados¹⁵ ou idosos, por exemplo. Há também hospitais públicos que se pode apoiar (com a doação direta de aparelhos como tomógrafos, ou para diálise, sobretudo em municípios distantes dos centros de tratamento).

Além disso, sabemos que o papel das universidades e institutos científico-tecnológicos públicos vai além de fornecer mão de obra qualificada para o mercado de trabalho. As possibilidades de interação entre universidades e empresas se expandem na medida em que a Justiça eventualmente decida apoiar a geração de conhecimento, para que essas instituições e o país não se distanciem das tecnologias de ponta disponíveis nos países mais desenvolvidos, e em alguns casos, possa estar à frente na produção dessas tecnologias. Pode-se, por exemplo, consultar formalmente a Secretaria de Inovação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para indicação da instituição a receber a doação.

Essa mudança de rumos nas decisões judiciais é ainda mais urgente e oportuna quando se considera que, na seara trabalhista, há significativa tendência de aumento no número das ações civis públicas, cujo rol de legitimados é cada vez mais amplo¹⁶, graças à acertada nova redação dada pelo TST à sua OJSBDI2-130, que reza:

130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI N.º 7.347/1985, ART. 2.º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.
II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de

do recurso.

4. COMUNIQUE-SE o Ministério Público estadual junto a cada um dos municípios beneficiados, com cópia deste despacho (ao qual confiro FORÇA DE OFÍCIO), para que FISCALIZE como entender de direito. Registro por parte deste Juízo as homenagens de estilo.

5. INTIME-SE PESSOALMENTE o Ministério Público do Trabalho, autorizada a ciência desde logo pelo modo mais célere (fac-símile e telefone, certificando-se)."

15 Veja: www.onu.org.br/programa-da-onu-seguranca-com-cidadania-apoia-oficina-contradrogas-para-jovens-na-bahia, acerca de ação multi-institucional do Programa Conjunto da ONU Segurança com Cidadania, em Lauro de Freitas, BA.

16 Arts. 8, III/CRFB, 513, "a"/CLT, 91/CDC, 5º, V, "a" e "b", e 21/LACP; 129/CRFB e 83, III/LC-75/93; cancelamento da SUM-310/TST.

mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

Paralelamente, convém também destacar outra prática que tem se mostrado positiva. Ao se homologar um acordo em que uma ou várias entidades sejam beneficiadas com a destinação de recursos financeiros, pode-se impor às beneficiadas a simples assunção de um compromisso formal e expresso, antes do repasse de valores, de adotar práticas contra a corrupção. Trata-se de mais um óbice a eventuais desvios, ainda que de cunho ético, mas que tem sido bem recomendado por organismos internacionais e já adotado, no Brasil, por entidades respeitadas, como o Instituto Ayrton Senna.

É muito bom ouvir de pessoas insuspeitas da comunidade um agradecimento à Justiça, principalmente por uma ação da qual tenhamos participado como profissionais. O reconhecimento espontâneo, verdadeiro, é parte importante da realização profissional de todo ser humano.

Imaginemos, pois, que os magistrados, advogados, promotores, procuradores, com a inestimável ajuda dos servidores e o interesse das partes, podem contribuir localmente para que suas regiões se tornem mais prósperas e pujantes. E, mais que isso, que se intensifiquem as ações entre as instituições republicanas e, dessas, com as organizações da sociedade e os cidadãos, a fim de se atingir maior e significativo desenvolvimento socioeconômico.

NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Sumário: 01. Introdução. 02. Conceito e denominação. 03. Importância do Tema. 04. Distinção do Assédio Moral para o Assédio Sexual e o Dano Moral. 05. Classificação. 06. Elementos caracterizadores. 06.01. Conduta abusiva. 06.02. Natureza Psicológica do Atentado à Dignidade Psíquica do Indivíduo. 06.03. Reiteração da Conduta. 06.04. Finalidade de Exclusão. 06.05. Algumas palavras sobre a Necessidade ou não de Dano Psíquico-Emocional. 07. Casuística. 08. Conseqüências do Assédio Moral. 08.01. Do ponto de vista da vítima. 08.01.01. Seqüelas Físicas e Psicológicas. 08.01.02. Caracterização da despedida indireta. 08.01.03. O dano moral e sua reparação. 08.02. Do ponto de vista do assediante. 08.02.01. Justa causa. 08.02.02. Responsabilidade patrimonial. 08.02.03. Conseqüências criminais. 08.03. Do ponto de vista do empregador. 08.03.01. Conseqüências pecuniárias diretas. a) Custo do absentismo. b) Queda de produtividade. c) Rotatividade da mão-de-obra. 08.03.02. Responsabilidade civil. a) Responsabilidade Civil do Empregado em Face do Empregador. b) O Litisconsórcio Facultativo e a Denúncia da Lide. c) Responsabilidade Civil do Empregador por Dano ao Empregado. 09. Combate. 10. Considerações Finais. 11. Referências.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região).

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre assédio moral é, em verdade, dissertar sobre um tema que remonta a tempos imemoriais e que, há bem pouco tempo, poderia ser encarado como um exagero ou uma suscetibilidade exacerbada.

De fato, encarar seriamente o assédio moral como um problema da modernidade é assumir que os valores de hoje não podem ser colocados na mesma barema de outrora, uma vez que a sociedade mudou muito a visão da tutela dos direitos da personalidade.

E é disso mesmo que se trata o assédio moral: uma violação ao um interesse juridicamente tutelado, sem conteúdo pecuniário, mas que deve ser preservado como um dos direitos mais importantes da humanidade: o direito à dignidade.

2. CONCEITO E DENOMINAÇÃO

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Este nosso conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um "privilégio" da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros.

Na relação de trabalho subordinado, porém, este "cerco" recebe tons mais dramáticos, por força da própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos, em que a possibilidade de perda do posto de trabalho que lhe dá a subsistência faz com que o empregado acabe se submetendo aos mais terríveis caprichos e desvarios, não somente de seu empregador, mas até mesmo de seus próprios colegas de trabalho.

Por isso mesmo, os autores que têm se debruçado sobre a questão acabam sempre conceituando o fenômeno dentro do campo das relações de trabalho.

Neste sentido, Marie-France Hirigoyen entende o assédio moral como sendo “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”¹.

No mesmo diapasão, é o conceito elaborado por Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento, que afirma que o “assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções”².

Por fim, vale registrar que a expressão “assédio moral” é, sem sombra de dúvida, a mais conhecida. Todavia, a título de informação, saliente-se que tal fenômeno é também denominado como *mobbing*³ (Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (Inglaterra), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoterror laboral ou acoso moral* (em países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa).

3. IMPORTÂNCIA DO TEMA

O tema do assédio moral se encontra na “crista da onda”.

De fato, o enorme interesse despertado sobre o tema, na contemporaneidade, se revela na imensa quantidade de publicações destinadas ao esclarecimento e estudo da matéria.

A própria Organização Internacional do Trabalho, em seus periódicos mais recentes, tem reservado grande espaço para a análise deste complexo fenômeno que pulula em diversos países.

Independentemente disso, vale salientar que a própria preocupação mundial com o problema é, por si só, um grande sinal de sua importância, uma vez que mostra que a atenção dos juslaboralistas modernos não se resume ao conteúdo patrimonializado da relação trabalhista, mas sim a uma efetiva tutela dos interesses das pessoas envolvidas nesta “elétrica” relação jurídica.

4. DISTINÇÃO DO ASSÉDIO MORAL PARA O ASSÉDIO SEXUAL E O DANO MORAL

Um ponto extremamente relevante, na visão introdutória sobre o assédio moral, é a sua distinção para o assédio sexual e para o dano moral.

De fato, qualquer uma das formas de assédio (tanto sexual, quanto moral) traz, em seu conteúdo, a idéia de cerco.

Todavia, a diferença essencial entre as duas modalidades reside na esfera de interesses tutelados, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano.

Embora ambos os interesses violados sejam direitos da personalidade, não há que se confundir as duas condutas lesivas, embora seja possível visualizar, na conduta reiterada do assédio sexual, a prática de atos que também atentam contra a integridade psicológica da vítima.

1 HIRIGOYEN, Marie France. A violência perversa do cotidiano. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

2 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

3 Vocábulo derivado do verbo to mob que significa cercar, assediar, agredir, atacar. “Collana” Mobbing é uma experiência dirigida pelo pesquisador alemão Herald Ege que reúne obras de estudiosos do assédio moral e argumentos conexos ao fenômeno.

Já a noção de dano moral, definitivamente, não pode ser confundida com o assédio.

De fato, o assédio, seja sexual ou moral, é uma conduta humana, como elemento caracterizador indispensável da responsabilidade civil, que gera potencialmente danos, que podem ser tanto materializados, quanto extrapatrimoniais.

O dano moral é justamente este dano extrapatrimonial que pode ser gerado pelo assédio, ou seja, a violação de um direito da personalidade, causada pela conduta reprovável ora analisada.

5. CLASSIFICAÇÃO

Toda classificação varia de acordo com a visão metodológica de cada autor.

Todavia, no campo do assédio moral, é possível se visualizar três modalidades básicas, a saber o assédio moral vertical, horizontal ou misto.

O assédio vertical é aquele praticado entre sujeitos de diferentes níveis hierárquicos, envolvidos em uma relação jurídica de subordinação.

Trata-se da modalidade mais comumente admitida de assédio moral, dada a desigualdade entre os sujeitos envolvidos.

Quando praticado pelo hierarquicamente superior, com intuito de atingir o seu subordinado, denomina-se vertical descendente, em razão do sentido adotado pela conduta.

Por sua vez, vertical ascendente será, quando o hierarquicamente inferior agir com intuito de assediar o seu superior. Esta violência de "baixo para cima" não é tão rara como se possa imaginar, a primeira vista. Como exemplos, podemos citar situações em que alguém é designado para um cargo de confiança, sem a ciência de seus novos subordinados (que, muitas vezes, esperavam a promoção de um colega para tal posto). No serviço público, em especial, em que os trabalhadores, em muitos casos, gozam de estabilidade no posto de trabalho, esta modalidade se dá com maior frequência do que na iniciativa privada.

Já o assédio horizontal é aquele praticado entre sujeitos que estejam no mesmo nível hierárquico, sem nenhuma relação de subordinação entre si.

Frise-se que, assim como no vertical, a conduta assediadora pode ser exercida por uma ou mais pessoas contra um trabalhador ou um grupo destes, desde que, seja este grupo determinado ou determinável, não se admitindo a indeterminabilidade subjetiva (exemplo: toda a coletividade). Afinal, a conduta hostil e excludente do assédio moral, diante de sua característica danosa, será sempre dirigida a um funcionário específico ou a um grupo determinado para atingir sua finalidade.

Já o assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode-se dizer que o assediado é atingido por "todos os lados", situação esta que, por certo, em condições normais, se torna insustentável em tempo reduzido.

6. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Na falta de uma previsão legal genérica sobre assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro, uma adequada visão metodológica da matéria impõe, para a fixação de claros limites para a sua caracterização, o destrinchar do conceito doutrinário propugnado, de forma a permitir uma efetiva compreensão do instituto.

Como conceituamos assédio moral como "uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão

do ambiente e do convívio social”, podemos extrair quatro elementos, a saber:

- a) Conduta abusiva;
- b) Natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo;
- c) Reiteração da Conduta;
- d) Finalidade de exclusão.

Alguns autores insistem em colocar a necessidade de um dano psíquico-emocional como imprescindível para a caracterização do assédio moral. Embora não concordemos com tal concepção, faremos algumas breves observações sobre a necessidade ou não de tal demonstração.

6.1. Conduta abusiva

A concepção de conduta abusiva aqui utilizada se refere ao abuso de direito como ato ilícito, na forma propugnada pelo art. 187 do vigente Código Civil brasileiro.

Isto porque o convívio humano enseja o estabelecimento de laços de amizade e camaradagem, em que brincadeiras podem ser feitas de forma livre.

Todavia, quando tais gracejos extrapolam os limites do aceitável, adentra-se ao campo do abuso de direito, que deve ser duramente reprimido, como ato ilícito que efetivamente é.

6.2. Natureza Psicológica do Atentado à Dignidade Psíquica do Indivíduo

O campo de investigação do assédio moral reside na violação a direitos da personalidade do indivíduo, com prática de atos atentatórios à sua dignidade psíquica.

Quando a conduta afeta também aspectos corpóreos do ser humano, pode-se verificar a ocorrência de algum outro tipo de ato ilícito, qual seja, a agressão física ou o esbulho patrimonial, entre outros.

Este é um elemento bastante relevante, pois poderá delimitar o campo de alcance da eventual reparação que se pretender em juízo.

6.3. Reiteração da Conduta

O assédio moral se caracteriza, visivelmente, através da prática de condutas repetitivas e prolongadas, de conteúdo ofensivo e/ou humilhante.

Como regra geral, tanto o assédio moral, quanto o sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.

É sempre importante mencionar que a idéia de assédio lembra “cerco”, o que, normalmente, não é algo tópico ou esporádico...

Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.

Na situação do assédio sexual, há, de fato, precedentes jurisprudenciais no Direito Comparado que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento deste requisito.

Como nos informa, com sua autoridade peculiar, Alice Monteiro de Barros, “o Tribunal do Reino Unido, no caso *Bracebridge Engineering Ltd. x Darby*, entendeu que um só incidente é suficientemente grave para se aplicar a lei contra discriminação sexual. A propósito, a legislação da Costa Rica assegura a possibilidade do assédio sexual configurar-se pela prática de uma única conduta, desde que seja grave.”⁴

4 Barros, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503. Maiores informações podem ser obtidas no minucioso artigo de Jane Aeberhard-Hodges (“Womem Workers and the Courts” in “International Labour Review”, v. 135, n° 5, 1996).

Apesar deste “desprezo jurisprudencial” por este requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá o brocardo *dura lex, sede lex*), é sintomática a observação de que o afastamento deste requisito se dá sempre como exceção.

Isto não implica, por certo, que o dano decorrente de único ato ofensivo não venha a ser reparado. O que se quer dizer é que, em síntese, tal conduta danosa não deve ser tida como assédio moral.

6.4. Finalidade de Exclusão

O elemento anímico, no assédio moral, não pode ser desprezado.

Com efeito, a conduta abusiva e reiterada, atentatória à dignidade psíquica do indivíduo, deve ter por finalidade a exclusão da vítima do ambiente.

Ressalte-se que essa finalidade pode ser implícita ou explícita, pois, em verdade, se a manifestação é expressa no sentido de afastar a vítima do ambiente social, nenhuma dificuldade se tem na verificação da ocorrência do assédio moral.

Todavia, a questão é muito mais profunda do que se possa imaginar, à primeira vista, uma vez que tal finalidade pode ser extraída dos fatos postos em juízo, mesmo quando a intenção declarada ao público é diametralmente oposta.

É o caso, por exemplo, das campanhas motivacionais tão incensadas no meio empresarial, notadamente nos ramos destinados a vendas.

Se há a intenção de motivar o trabalhador para o alcance de metas, que se estimule ou premie os melhores, de forma a fazer com que aqueles, que não tiveram o mesmo êxito, busquem lograr tal galardão. Contudo, é inaceitável a imposição de “brincadeiras” que exponham a vítima ao ridículo.

Algumas dessas situações serão abordadas no tópico de casuística deste artigo.

6.5. Algumas palavras sobre a Necessidade ou não de Dano Psíquico-Emocional

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

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

Neste ponto, discordamos da ilustre e culta colega Sônia A. C. Mascaró Nascimento, ao afirmar que “a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexos causal”⁵

De fato, a doença psíquico-emocional, como patologia, pode advir do assédio, mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável, pois o que é relevante, na caracterização do *mobbing*, é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto.

7. CASUÍSTICA

Nossa atuação profissional tem nos permitido conhecer situações de assédio moral nos mais diversos

5 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

rincões do país.

Embora tenhamos, em nossos arquivos, cópias de sentenças e de outras peças processuais comprovadores dos fatos que a seguir serão relacionados, optamos por omitir as fontes, preservando a intimidade dos envolvidos.

O elemento comum, porém, em todos os processos, que pululam em pontos diversos da jurisdição nacional, é que a finalidade de exclusão era apenas implicitamente reconhecida, pois todas se travestiam de campanhas motivacionais de alcance de metas empresariais.

No estado da Bahia, por exemplo, em diversos processos judiciais, foi constatada a ocorrência de uma campanha motivacional em que os empregados que não alcançavam a meta tinham de ficar, em um auditório, posicionados nas últimas cadeiras, sendo taxados de “morcegos”, “vampiros” ou “sanguessugas”, pois estariam, supostamente, “tirando o sangue da equipe”, ao não alcançar a meta pretendida.

Ainda no mesmo estado, o Ministério Público do Trabalho ajuizou uma ação civil pública em face de uma indústria local de bebidas, pois a conduta assediadora do seu gerente de vendas, em relação a seus colegas de trabalho chegou ao cúmulo de queimar as nádegas de uma funcionária, que foi – pasmem! – oferecida como “prêmio” aos vendedores que a atingissem determinada cota mensal de vendas ou a clientes que adquirissem os produtos da empresa.

No estado de Sergipe, uma conhecida empresa fazia pequenos quadros do seus vendedores menos produtivos, segurando um “excremento de brinquedo”, para destacá-los como os funcionários que foram uma “m...”, como consta no depoimento do próprio preposto da empresa reclamada.

No estado de Santa Catarina, a “brincadeira” era mais “ingênua”... Os vendedores que não alcançassem a meta deveriam dançar a conhecida canção “Na Boquinha da Garrafa” perante todos os seus colegas...

Em São Paulo, a exposição ao ridículo, em determinada empresa, variava entre desfilar de saias (para os vendedores do sexo masculino) até mesmo se submeter à “brincadeira” (brincadeira só tem graça quando todos se divertem...) do “corredor polonês” (todos os vendedores se posicionavam em duas filas e as vítimas passavam correndo entre eles, sob pauladas...)

Definitivamente, não há limites para a criatividade humana quando quer violentar direitos...

8. CONSEQÜÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL

O estudo das conseqüências do assédio moral, assim como do sexual, na relação de emprego deve ser procedido de forma sistemática, de acordo com o protagonista envolvido.

Isto porque, sem sombra de dúvida, as conseqüências serão diferenciadas para a vítima (empregado assediado), para o assediador (caso este não seja o empregador pessoa física) e para a empresa envolvida com o assédio moral.

Neste tópico, esclarecemos que estamos abordando as conseqüências genéricas da ocorrência do assédio, tomando como base a idéia de ser um empregado assediado por um colega de trabalho, o que acarretará conseqüências também para a empresa empregadora.

Vale destacar, porém, que é possível uma variação dessas conseqüências nas hipóteses do assediador ser o próprio empregador ou, em situação excepcional extrema, o assédio partir do empregado contra o empregador.

Vejamos, portanto, estas conseqüências, de acordo com as peculiaridades de cada ator desta tragédia social, que é o assédio moral.

8.1. Do ponto de vista da vítima

As conseqüências mais dramáticas do assédio são reservadas, sem sombra de qualquer dúvida, para a vítima da conduta abusiva reiterada (e rejeitada) de natureza psicológica.

De fato, em primeiro lugar, a própria interferência na relação de trabalho em si gera, quase sempre, um evidente prejuízo no rendimento do(a) trabalhador(a), pois cria um ambiente laboral inadequado, com extrema pressão psicológica.

Além disso, a divulgação do fato, ainda que de forma restrita ao âmbito da empresa, não deixa de afetar a intimidade da vítima, seja pelos comentários dos colegas de trabalho, seja através das próprias investigações internas sobre o caso. Isto sem falar em eventuais represálias (também caracterizadoras de reparação de danos morais e materiais), como, por exemplo, recusa de promoções, transferência de função ou de locais de trabalho ou, até mesmo, a despedida direta.

É preciso ter em mente, portanto, que o assédio é, em qualquer uma de suas espécies, uma ofensa para a vítima, na sua dignidade como pessoa.

8.1.1. Sequelas Físicas e Psicológicas

O assédio pode ser encarado como um trauma na vida do indivíduo.

Isto porque gera, muitas vezes, seqüelas físicas e psicológicas de tal ordem na vítima, que lembram cicatrizes, pois podem até não doer tanto no futuro, mas ficarão indelevelmente marcadas na história daqueles indivíduos.

Dentre estas seqüelas, tem-se observado que a maioria das pessoas ofendidas passou a padecer das formas mais graves de tensão, ansiedade, cansaço e depressão, com a necessidade médica de tratamentos, particularmente de natureza psicológica.

Uma investigação realizada pela Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) concluiu, em relação ao assédio sexual, que o mesmo produzia um meio de trabalho tenso e hostil, observando-se nas vítimas, por meio dos estudos médicos realizados, dores de cabeça, pescoço, estômago e costas, com uma diminuição considerável da concentração e um manifesto desinteresse pelo trabalho, com o surgimento/aprofundamento de sintomas como insônia, indiferença e depressão⁶, o que demonstra a correlação desta figura com a segurança, saúde, integridade física e moral das pessoas.

8.1.2. Caracterização da despedida indireta

O assédio também caracteriza, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, uma hipótese de despedida indireta (ou demissão forçada, como prefere denominá-la José Martins Catharino) do(a) trabalhador(a).

Seu enquadramento se dará, em regra, na alínea "e" ("praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama") do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A depender, porém, da situação fática correspondente, o enquadramento poderá se dar na alínea "c" ("correr perigo manifesto de mal considerável"), caso seja admitida, pelo direito positivo brasileiro, a hipótese de tentativa de assédio moral.

Ressalte-se, porém, que a despedida indireta é sempre uma situação de extrema delicadeza, pois significa, em última análise, que a situação laboral se deteriorou de tal forma que o trabalhador prefere abrir mão de seu posto de trabalho – fonte normalmente única de sua subsistência – a continuar se submetendo às condutas que lhe são impostas pelo empregador ou seus prepostos.

6 Calvo, Maria del Mar Serna, "Acoso Sexual en las relaciones laborales" in "Relasur – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur", n° 2, España, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s/d., p. 34

8.1.3. O dano moral e sua reparação

A esfera extra patrimonial dos indivíduos é profundamente violentada com a prática do assédio.

De fato, o cerceamento dos valores da dignidade e da liberdade fere profundamente um âmbito da personalidade do ser humano que não pode ser reduzido pecuniariamente.

A fórmula encontrada pelo ordenamento jurídico para reparar tal dano foi a possibilidade jurídica de estipulação de uma compensação, não necessariamente pecuniária (apesar de ser, frequentemente, a mais adotada), para tentar amenizar a dor sofrida pela vítima. Esta sanção pelo dano moral poderá, inclusive, consistir em uma retratação ou desagravo público, o que, de certa forma, também compensa a dor sentida pela vítima.

Assim sendo, a reparação civil por danos morais é constantemente invocada quando se fala em assédio moral, havendo, inclusive, quem denuncie a existência de uma "indústria" de milionárias indenizações por danos morais.

Vale destacar, porém, que o pleito poderá versar tanto pelo dano moral, quanto o material, com fundamento em violação do direito à intimidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988⁷.

Destacamos o sub-tópico do dano moral em relação aos itens anteriores, pelo fato de que o mesmo pode decorrer não somente do assédio moral em si, mas também das eventuais represálias perpetradas pela recusa da vítima (tais como recusa de promoções, transferências de função ou local de trabalho, despedida etc.), o que é ainda mais agravado quando, em que pese ser denunciada a conduta indesejada e reiterada de natureza psicológica, não são adotadas, em troca, quaisquer medidas, durante a vigência da relação de direito material, contra o ofensor.

8.2. Do ponto de vista do assediante

O ordenamento jurídico não pode, nem deve deixar que o assediante, violentador da dignidade da vítima, fique impune pelos atos praticados.

As conseqüências para o assediante podem ser analisadas sob três ordens: trabalhista (caracterização de justa causa para a extinção do vínculo empregatício), civil (responsabilidade patrimonial direta pelo dano causado) e criminal (aplicação de sanções penais, caso os atos praticados se enquadrem em tipo previamente existente).

Vejamos, pois, estas conseqüências.

8.2. 1. Justa causa

No assédio moral praticado por empregado contra colega de trabalho, a hipótese é, visivelmente, de justa causa para a extinção do contrato de trabalho, com fundamento no artigo 482, alínea "j" ("*ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em legítima defesa, própria ou de outrem*") da Consolidação das Leis do Trabalho.

8.2.2. Responsabilidade patrimonial

Em matéria de assédio (tanto sexual, quanto moral), alguns ordenamentos jurídicos, no Direito Comparado, albergam previsões de responsabilidade patrimonial do empregado assediador, independentemente da responsabilidade patrimonial da empresa⁸.

7 Alice Monteiro de Barros destaca que uma "hipótese de dano material ou patrimonial, decorrente do assédio, seria a impossibilidade de permanecer a trabalhadora no emprego ou de conseguir outro em razão de má reputação conseqüente ao assédio." (Barros, Alice Monteiro de, ob. cit., p. 510).

8 "Na hipótese de o assédio sexual por chantagem ser praticado por prepostos (gerente, supervisor, etc.) do empregador, a legislação de alguns países (Austrália, Canadá, EUA, Reino Unido e Nova Zelândia) considera este último responsável solidário, por ter delegado poderes para aquele tomar decisões que afetem a situação do empregado no ambiente de trabalho, com

Esta é uma medida das mais louváveis, uma vez que o efetivo violador da moralidade média foi o empregado, e não diretamente a empresa empregadora.

Todavia, tal disciplina muitas vezes impossibilita a efetiva reparação dos danos, por falta de condições financeiras do agente assediante.

No Brasil, a sistemática do direito positivo trouxe previsão de responsabilidade civil objetiva do empregador pelos atos dos seus prepostos, independentemente e sem prejuízo da possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano, conforme verificaremos em tópico posterior, em que esmiuçaremos a matéria.

Todavia, isto não exclui, a possibilidade de uma ação própria, ainda que regressiva, do empregador contra o empregado assediante/assediador, para ressarcimento dos gastos que teve pelo ato imputável a este empregado.

Acreditamos que é possível, inclusive, a denúncia da lide do empregado assediante, na ação ajuizada pelo empregado assediado contra a empresa, de forma a verificar especificamente a delimitação de responsabilidades pelo ato discutido em juízo.

Este nosso posicionamento, inclusive, nos parece respaldado pela previsão do §1º do art.462 consolidado – que traz a regra geral sobre a possibilidade de descontos no salário do trabalhador (*“Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.”*) – que expressamente preceitua: *“Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.”*

Não se deve erigir a grau absoluto a responsabilidade objetiva do empregador quanto ao assédio praticado nas relações de trabalho por seus agentes ou prepostos, pois isto seria instituir um enorme risco à atividade empresarial, estimulando uma verdadeira febre de indenizações, sem responsabilizar os autores diretos do atos considerados ilícitos, sob a perspectiva da dignidade psíquica.

Estas idéias serão melhor trabalhadas em tópico posterior.

8.2.3. Conseqüências criminais

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

8.3. Do ponto de vista do empregador

O assédio prejudica também, e de vários modos, a empresa empregadora, ocasionando absenteísmo, queda de produtividade e substituição de pessoal, além da possibilidade concreta de responsabilização patrimonial – em condenações judiciais por danos morais e materiais – por força dos atos de seus empregados (assediadores).

8.3.1. Conseqüências pecuniárias diretas

Em termos de organização empresarial, o assédio gera, normalmente, diversas conseqüências peculiares diretas, a saber, o custo do absenteísmo, a queda de produtividade e a rotatividade da mão-de-obra.

Analisemos, ainda que rapidamente, estas três conseqüências.

efeitos tangíveis”. (Barros, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.509).

a) Custo do absenteísmo

Os empregados assediados tendem a faltar ao serviço, ainda que muitas vezes formalmente sem justificação, como uma forma de “escapar” do comportamento assediador de seus algozes.

De fato, não é raro também o afastamento, com a suspensão do contrato de trabalho, mediante a apresentação de atestados médicos, demonstrando/comprovando situações em que os empregados (assediados) necessitam de afastamento do local de trabalho.

Ressalte-se que não se trata aqui de falsificação de atestados médicos, mas sim a manifestação direta das seqüelas físicas e psicológicas a que os assediados estão sujeitos, levando-os à somatização de suas apreensões, com o surgimento de doenças que justificam o afastamento do trabalho.

Esta ausência dos trabalhadores é bastante grave para a empresa, principalmente se o trabalhador for especializado na sua atividade, não havendo como substituí-lo imediatamente, o que leva a uma conclusão apriorística de que o assédio moral de empregados que exercem funções com conhecimento especializado é muito mais danoso à empresa do que o relativo a outras situações.

b) Queda de produtividade

Ainda que o trabalhador permaneça laborando no seu local habitual de trabalho, apesar do assédio, é perfeitamente natural - e, por isso, dentro das expectativas médias sobre o problema - que a sua produtividade caia visivelmente.

Isto porque não há como se exigir, razoavelmente, que um empregado, vítima de assédio, possa ter a tranqüilidade e a paz de espírito necessárias para o regular desempenho de suas atividades laborais.

Desta forma, novamente, o assédio gera uma conseqüência pecuniária danosa direta ao empregador, pois a queda da produtividade do empregado diminuirá, certamente, sua expectativa de ganho, o que é ainda mais dramático em uma economia globalizada como a contemporânea.

Como se isso não bastasse, o conhecimento, pelos demais empregados, da existência de um caso de assédio não apurado ou não punido gera uma insegurança e intranqüilidade no ambiente de trabalho, notadamente naqueles operários que estejam em situação pessoal e funcional semelhante à da vítima, levando também a uma queda geral de produtividade, onerando excessivamente a organização empresarial.

c) Rotatividade da mão-de-obra

Chegando à situação limite dramática de impossibilidade da continuidade do vínculo empregatício, mais uma conseqüência pecuniária terrível surgirá para o empregador.

De fato, além do pagamento das verbas rescisórias devidas pela extinção do vínculo empregatício (o que, segundo os apóstolos do combate ao denunciado “custo Brasil”, já é um valor elevado para a maioria dos pequenos e médios empresários), o trabalho decorrente em da rotatividade da mão-de-obra também gera custos.

Com efeito, ter que treinar novos trabalhadores para a função outrora exercida pelo empregado assediado afastado, gerará um custo financeiro não previsto, originalmente, na programação orçamentária de qualquer empresa.

Além disso, uma grande rotatividade da mão-de-obra gera insegurança dentro da organização (notadamente para aqueles que desconhecem os fatos geradores desta dispensa), pelo temor de dispensas em massa, o que afeta também a produtividade, como tópico anterior.

Como se isto não bastasse, vale lembrar que esta rotatividade não ocorre somente em função de

extinções de vínculos empregatícios, mas também em função de transferências de local de trabalho ocorridas para evitar novos contatos entre assediante e assediado no ambiente laboral.

8.3.2. Responsabilidade civil

De acordo com o novo ordenamento jurídico, a responsabilidade civil do empregador por ato causado por empregado, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, deixou de ser uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), para se transformar em uma hipótese legal de responsabilidade civil objetiva.

A idéia de culpa, na modalidade in eligendo, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilização civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida.

E essa responsabilidade é objetiva, independentemente de quem seja o sujeito vitimado pela conduta do empregado, pouco importando que seja um outro empregado⁹ ou um terceiro ao ambiente laboral (fornecedor, cliente, transeunte etc).

Todavia, essa responsabilização civil do empregador, de forma objetiva, pode ensejar quem sustente que isso poderia estimular conluíus entre o empregado e a vítima, com o intuito de lesionar o empregador.

Se a tentação para o mal é uma marca humana, o Direito não deve se quedar inerte diante de tal condição.

E demonstraremos isso nos próximos dois tópicos.

a) Responsabilidade Civil do Empregado em Face do Empregador.

A redação do art.934 do Código Civil brasileiro de 2002 (art.1.524, CC-16) enseja o direito de regresso daquele que ressarcir o dano causado por outrem¹⁰.

No campo das relações de trabalho, contudo, o dispositivo deve ser interpretado em consonância com o já mencionado art.462 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe, *in verbis*:

Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Assim, para que o empregador possa descontar valores referentes a danos causados **culposamente** pelo empregado, será necessária a pactuação específica, seja prévia, seja quando da ocorrência do evento danoso, o que é dispensável, por medida da mais lidima justiça, no caso de **dolo**, o que é

9 "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADOR. PERDA DO OLHO ESQUERDO. BRINCADEIRA DE ESTILINGUE DURANTE O ALMOCO. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. 1) Ato Ilícito: Empregado Atingido No Olho Esquerdo, Durante O Horário Do Almoço No Estabelecimento Industrial, Por Bucha De Papelao Atirada Com Estilingue Feito Com A Borracha De Luva. Perda Da Visao Do Olho Esquerdo. 2) Culpa Da Empresa Demandada: Presenca Da Culpa Da Empresa Requerida "In Vigilando" (Falta De Controle Dos Funcionarios A Sua Disposicao) E "In Omittendo" (Omissao Nos Cuidados Devidos). 3) Culpa Concorrente Da Vitima: Nao Reconhecimento Da Culpa Concorrente Da Vitima No Caso Concreto. 4) Pensionamento: Reducao Da Capacidade Laborativa Caracterizada Pela Necessidade De Dispendio De Maior Esforco, Em Funcao Da Visao Monocular (Art-1539 Do Cc). Fixacao Do Percentual Da Pensao Com Base Na Pericia Do Dmj (30%) A Incidir Sobre A Remuneracao Do Empregado Acidentado Na Data Da Ocorrencia Do Acidente. Reducao Do Valor Arbitrado Na Sentenca. 5) Dano Moral: Caracterizacao Do Dano Moral Pela Grave Ofensa A Integridade Fisica Do Empregado Acidentado. Manutencao Do Valor Da Indenizacao Arbitrado Na Sentenca, Que Abrangeu Os Danos Morais E Esteticos. Sentenca De Procedencia Modificada. Apelacao Parcialmente Provida." (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, APELAÇÃO CÍVEL N° 70003335924, NONA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, JULGADO EM 12/12/01)

10 "Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz."

evidente no caso de assédio moral.

Da mesma forma, o elemento anímico deverá ser comprovado pelo empregador, evitando abusos que importariam na transferência do risco da atividade econômica para o empregado.

Mais importante, porém, é o fato de que essa regra compatibiliza o caráter tuitivo que deve disciplinar toda norma trabalhista com a rígida regra de direito de que a ninguém se deve lesar, não se chancelando, pela via estatal, a irresponsabilidade de trabalhadores, enquanto cidadãos, pelos atos danosos eventualmente praticados.

E se o dano causado pelo empregado seja justamente o resultado patrimonial de um ato, praticado por ele, lesando direitos de terceiros, que o empregador teve de responder objetivamente?

É o que enfrentaremos no próximo tópico.

b) O Litisconsórcio Facultativo e a Denúnciação da Lide

Se decorre da novel regra legal que o empregador responde objetivamente pelos danos causados pelo empregado, não há óbice para que a pretensão indenizatória seja direcionada em face do empregado, fulcrada na idéia de responsabilidade civil subjetiva, ou, melhor ainda, diretamente contra os dois sujeitos, propugnando por uma solução integral da lide.

Trata-se de medida de economia processual, pois permite verificar, desde já, todos os campos de responsabilização em uma única lide, evitando sentenças contraditórias.

E se a pretensão for deduzida somente contra o empregador, caberia a intervenção de terceiros conhecida por denúnciação da lide?

A denúnciação da lide, conforme ensina Manoel Antonio Teixeira Filho, "traduz a ação incidental, ajuizada pelo autor ou pelo réu, em caráter obrigatório, perante terceiro, com o objetivo de fazer com que este seja condenado a ressarcir os prejuízos que o denunciante vier a sofrer, em decorrência da sentença, pela evicção, ou para evitar posterior exercício da ação regressiva, que lhe assegura a norma legal ou disposição do contrato"¹¹.

Esta forma de intervenção de terceiros está prevista no art. 70 do vigente Código de Processo Civil brasileiro, que dispõe, *in verbis*:

Art. 70 - A denúnciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

As duas primeiras previsões não interessam, por certo, ao campo das relações de trabalho, uma vez que é muito pouco provável que o direito material discutido em um processo de tal natureza se refira aos temas ali tratados.

Todavia, a terceira hipótese (obrigação, pela lei ou pelo contrato, de indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda) pode ser perfeitamente aplicável em um litígio dessa natureza.

Imagine-se, por exemplo, que o empregador esteja sendo acionado, sob a alegação de que uma empregada tenha sido assediada sexual ou moralmente por um colega de trabalho¹².

11 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1993, p.196.

12 Sobre o tema, confira-se PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio Sexual na Relação de Emprego, São Paulo: LTr, 2001.

Em função dos danos materiais e morais causados por tal empregado, na sua atividade laboral, deve a empresa empregadora responder objetivamente, se provados todos os três elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil, sem quebra do nexo causal.

Nesse caso, baseando-se no já mencionado art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, é plenamente cabível a responsabilização regressiva do empregado.

Por que não fazê-la nos mesmos autos da ação principal?

Poder-se-ia argumentar que isso faria demorar o ressarcimento da vítima, por ser gerada uma nova lide entre dois sujeitos, não tendo ela interesse jurídico em discutir a culpa, pela previsão legal de responsabilização objetiva.

Essa não nos parece, porém, a melhor solução.

Imagine, por exemplo, que não seja deferida a denúncia da lide, sob tal fundamento - muito comum, inclusive, em ações de responsabilidade civil do Estado - mas, na ação regressiva, o suposto assediador NEGA a autoria e materialidade do fato.

Haveria, sem sombra de dúvida, a possibilidade jurídica de sentenças contraditórias, que desprestigiariam a atividade jurisdicional.

Assim sendo, consideramos não somente possível a formação do litisconsórcio passivo, mas principalmente recomendável o eventual deferimento da denúncia da lide, garantindo-se, assim, uma resolução integral da demanda, possibilitando uma maior celeridade na efetiva solução do litígio e uma economia processual no sentido macro da expressão.

Até mesmo se tal ação foi ajuizada na Justiça do Trabalho, não haverá motivo razoável para se afastar a intervenção de terceiros, pois a regra de competência material do art. 114 da Constituição Federal de 1988 estará sendo estritamente observada, uma vez que teremos, sempre, demandas entre trabalhadores e empregadores (no exemplo dado, *empregada assediada x empregadora responsabilizada e empregadora responsabilizada x empregado assediador*).

c) Responsabilidade Civil do Empregador por Dano ao Empregado.

Uma questão interessante sobre o tema da Responsabilidade civil nas relações de trabalho se refere não aos danos causados pelo empregado, mas sim aos danos causados ao empregado.

Trata-se de uma diferença relevante.

No primeiro caso, como visto, o sistema positivado adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva.

No segundo, porém, não há uma norma expressa a disciplinar o problema, pelo que a resposta deve ser encontrada dentro do sistema normativo.

E, sendo assim, a resposta dependerá das circunstâncias em que esse dano for causado.

Se esse dano decorrer de ato de outro empregado, a responsabilização, como já explicitado, será objetiva, cabendo ação regressiva contra o agente, nos casos de dolo ou culpa.

E se o dano, porém, for causado por um terceiro, ainda que no ambiente de trabalho?

Não temos dúvida em afirmar que, na regra geral, a responsabilidade civil continua a ser subjetiva.

E isso somente quando não houver a quebra do nexo causal !

Exemplifiquemos, para que nos tornemos mais claros.

Imagine-se, por exemplo, que um cliente do empregador, ao manobrar seu próprio carro, colida com o carro estacionado do empregado, no estacionamento da empresa.

É óbvio que esse dano patrimonial não deve ser exigido do empregador, ainda que o trabalhador esteja em seu horário de trabalho, à disposição da empresa, pois, nesse caso, o ato é imputável somente ao cliente.

Diferente é a situação em que o próprio empregador colide o seu carro com o automóvel do empregado, nas mesmas circunstâncias. Nesse caso, embora razoavelmente fácil de provar, o elemento anímico (dolo ou culpa) deve ser demonstrado em juízo.

Com isso, queremos dizer que a responsabilidade civil do empregador por danos causados ao empregado será sempre subjetiva?

Não foi isso que dissemos.

Em verdade, acreditamos que, em condições normais, a responsabilidade civil, nesses casos, é, sim, subjetiva, salvo alguma previsão legal específica de objetivação da responsabilidade, como a do Estado ou decorrente de ato de empregado.

Todavia, não podemos descurar da nova regra da parte final do parágrafo único do art. 927 do CC-2002, que estabelece uma responsabilidade civil objetiva, **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**

A regra parece ser feita sob medida para relações empregatícias, pois, como já exposto, é o empregador que deve assumir os riscos da atividade econômica. É lógico que o risco a que se refere a disposição celetista é o risco/proveito, ou seja, a potencial ruína pelo insucesso da atividade econômica com que se pretendeu obter lucro.

Mas e quando essa própria atividade econômica pode, por si só, gerar um risco maior de dano aos direitos do empregado?

Aí, sim, como uma situação supostamente excepcional, é possível, sim, responsabilizar objetivamente o empregador.

Note-se, inclusive, que, por força de normas regulamentares, há uma série de atividades **lícitas** que são consideradas de risco para a higidez física dos trabalhadores, parecendo-nos despiendo imaginar que, provados os três elementos essenciais para a responsabilidade civil – e ausente qualquer excludente de responsabilidade – ainda tenha o empregado lesionado de provar a culpa do empregador, quando aquele dano já era potencialmente esperado...

O raciocínio, aqui desenvolvido genericamente, pode ser aplicado, mutatis mutandi, para o assédio moral, a depender da atividade exercida pelo empregador.

9. COMBATE

Apenas a título de arremate, fica a pergunta que não quer calar: como combater o assédio moral?

A melhor forma, respondemos nós, somente pode ser uma: prevenção.

Sem sombra de dúvida, “é melhor prevenir do que remediar”.

Esta máxima, fruto da sabedoria popular, é perfeitamente adequada para o problema do assédio moral.

O ideal é que haja uma política - pública e/ou privada - de combate ao assédio moral, política esta de

caráter, obviamente, preventivo, o que evitará, por certo, muita “dor de cabeça” de empregadores e trabalhadores.

A importância da atividade de prevenção é evidente, não somente pelas altas quantias arbitradas comumente a título de indenizações por danos morais e materiais decorrentes do assédio moral, mas também pelo fato de o próprio tempo despendido, bem como o pessoal dedicado à investigação de condutas já tornadas públicas, terem um valor econômico não desprezível, sendo conveniente adotar medidas de precaução.

O mais importante a destacar, porém, no que toca à atividade de prevenção ao assédio moral, não exclusivamente em relação ao vínculo trabalhista, é que ela passa necessariamente por dois enfoques básicos, a saber, **educação** e **fiscalização**.

No que diz respeito à educação, a organização de campanhas esclarecedoras, seja por organismos públicos, seja por entidades não-governamentais, é uma iniciativa extremamente válida na prevenção desta doença social.

De fato, a informação prévia evidencia que determinados comportamentos, às vezes comuns em certos meios sociais – como, por exemplo, certas “liberdades” no trato entre amigos – não podem ser tolerados no ambiente de trabalho.

Esta atividade de educação possibilita, também, o afastamento de eventuais alegações dos assediadores de desconhecimento às restrições da conduta adotada, o que é um aspecto de grande relevância.

O exercício diuturno da liberdade, por incrível que pareça, deve ser ensinado, pois o convívio social é, em última análise, como já observado, a disciplina das restrições à liberdade individual.

Exemplificando de forma simplista, mas didática, as regras de comportamento social em um campo de nudismo são e devem ser obviamente diferentes das regras a ser adotadas em um convento ou em uma academia de ginástica (para utilizar paradigmas bem distintos).

Já a atividade de fiscalização deve ser exercida pelo empregador diretamente (ainda que, subjetivamente, possa ser feita pelo Estado), uma vez que implica necessariamente em uma atuação mais efetiva na própria relação de direito material.

Como o assédio moral deteriora o relacionamento entre as pessoas e a imagem da empresa e dos protagonistas do caso, comprometendo a atividade empresarial (o que afeta a produção, custos, vendas, despesas etc), não há a menor sombra pálida de dúvida de que o interesse primordial do combate ao assédio é do próprio empregador, sendo, inclusive, uma prerrogativa do seu poder de direção.

No desenvolvimento da fiscalização do assédio, a própria vítima pode ter um papel ativo, na advertência (e – por que não dizer? – confronto) ao assediador de que determinadas atitudes não são bem recebidas no caso concreto.

As atividades de fiscalização, porém, podem ser atribuídas, inclusive, aos prepostos da empresa. Recomendamos, porém, que esta atividade de fiscalização não seja exercida por um único preposto, pela circunstância óbvia de que este indivíduo pode ser, eventualmente, o próprio agente violador da liberdade e dignidade dos demais empregados, o que lhe retiraria a isenção de ânimo para atuar como fiscal do empregador.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são algumas rápidas considerações que consideramos conveniente trazer à baila, tendo em vista as atuais discussões doutrinárias sobre o problema do assédio moral.

Sem qualquer pretensão de que sejam encaradas como verdade absoluta, colocamo-nos à inteira disposição de todos aqueles que se propuserem a enfrentar (e combater) o assédio moral na sociedade

brasileira.

Para um eventual aprofundamento no estudo do tema, elencamos, ao final, uma pequena bibliografia, onde o leitor poderá encontrar outros subsídios para o debate, bem como as principais fontes de consulta para o desenvolvimento deste artigo.

11. REFERÊNCIAS

- AEBERHARD-HODGES, Jane. **Womem Workers and the Courts in International Labour Review**, v. 135, n° 5, 1996.
- AGUIAR, André Luiz Souza. **Assédio moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.
- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de, **O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado**. In Genesis – Revista de Direito do Trabalho, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503.
- BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. **Assédio Moral: caracterização de prova**. Monografia (inédita) apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho no curso de Direito da UNIFACS, 2005.
- CALVO, Maria del Mar Serna. **Acoso Sexual en las relaciones laborales**. In Relasur – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur. n° 2, Espanha, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s/d., p. 34.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.
- HIRIGOYEN, Marie France. **A violência perversa do cotidiano**. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução: Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MENEZES, Claudio Armando C. **Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos**. In Revista de direito trabalhista. São Paulo, ano 8, n. 10, p. 12-14, out. 2002.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Assédio moral no ambiente do trabalho**. In Revista LTR. São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação Sexual e Discriminação no Emprego**. In Discriminação. (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo, LTr Editora, 2000.
- **O Assédio Sexual na Relação de Emprego**. São Paulo, LTr, 2001.
- **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 2ª ed., São Paulo, LTr Editora, 1999.
- **Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro**. In Revista LTr. São Paulo/SP, ano 67, edição de maio/2003, págs.556/564; Repertório IOB de Jurisprudência, n° 10, 2º quinzena de maio/2003, volume II, pág.259/268, RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano 4, vol. 13, jan/mar/2003, p.177/197; Revista de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, n° 111, ano 29, julho-setembro/2003, págs.158/176; “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano XI, n° 11, São Paulo, LTr Editora, 2003, p.78/92; “Revista do Tribunal Superior do Trabalho”, ano 70, n° 1, jan a jun/2004, p.101/118; e “Revista Trabalhista Direito e Processo”, vol. XII, Rio de Janeiro/RJ: Forense, outubro/novembro/dezembro/2004, p.183/202.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1993, p.196.

NATUREZA JURÍDICA DA PRECLUSÃO

Resumo: A finalidade deste trabalho é a de estabelecer a natureza jurídica do conhecido instituto preclusão. Nesse sentido, irá se perquirir acerca das qualidades ínsitas a este instituto, permitindo se identificar as notas que distinguem os fenômenos jurídicos reputados de preclusão dos demais.

Palavras-chave: Processo Civil. Preclusão. Natureza Jurídica.

In this sense, will search on the qualities inherent in this institute, allowing the notes to identify the phenomena that distinguish legal from other reputable debarment.

Keywords: Civil Procedure. Estoppel. Legal Nature.

TADEU VILASBOAS MAGALHÃES

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA; Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
E-mail: tadeuvr@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Antes de abordar o núcleo do tema, é necessária a sua apresentação, e indicação das premissas sobre as quais irá se desenvolver a hipótese, com a qual será o mesmo analisado. É necessário se promover, também, o recorte epistemológico relativo ao estudo proposto. Nesse sentido, serão objeto de abordagem, nesse primeiro momento, a finalidade deste trabalho, os seus objetivos, o assunto analisado, assim como a metodologia proposta, a fim de que o leitor tenha uma visão geral acerca do objeto de estudo.

O escopo deste trabalho é a de estabelecer a natureza jurídica do conhecido instituto preclusão. Nesse sentido, serão analisadas as qualidades ínsitas a este instituto, permitindo se identificar as notas que distinguem os fenômenos jurídicos reputados de preclusão dos demais.

Serão criadas condições de igualar os eventos que empiricamente se tem alcunhado de preclusão, catalogando as nuances necessárias e suficientes a estes fenômenos isolados. Isso para que se possam indicar as recorrências e a partir dessas recorrências acumular tais características perceptíveis, tentando enquadrá-las em determinada categoria jurídica predeterminada.

Não sendo possível a rotulação previamente estabelecida, se recorrerá a arbitrariamente classificar tais fenômenos como preclusão, imputando-lhes autonomia ontológica, separando-os dos demais. Assim, as preclusões se diferirão daqueles outros justamente em razão das características que as reúnem entre si, justificando, assim, o isolamento classificatório.

Caso se conclua que os eventos costumeiramente chamados de preclusão não possuem especificidade que os distinga dos demais assim não chamados, o referido isolamento classificatório se pautará pelo exame das vantagens didáticas e utilidade de tal estratificação, em face das demais possíveis, justificando tal opção com esse fundamento.

Os eventos jurídicos aprioristicamente classificados a partir de conhecimento doutrinário de preclusão, serão objeto de experimentação fenomenológica, pois somente a partir das constatações desta natureza que se poderá identificá-los, certo de que, conforme, EDMUND HUSSERL o conhecimento do observador estará sempre condicionado à sua capacidade de perceber os fenômenos, *litteris*:

O conhecimento natural começa pela experiência e permanece na experiência. Na orientação teórica que chamamos “natural”, o horizonte total de investigações possíveis é, pois, designado com uma só palavra: o mundo. As ciências dessa orientação originária são, portanto, em sua totalidade, ciências do mundo, e enquanto elas predominam com

exclusividade, há coincidência dos conceitos “ser verdadeiro”, “ser efetivo”, isto é, ser real e – como todo real se congrega na unidade do mundo – “ser no mundo”¹.

Os trabalhos anteriores que abordam o mesmo tema serão objeto de pesquisa, pois as conclusões já cristalizadas na doutrina dirigida têm permitido que se reúna uma enormidade de informações a partir da experiência de demais pesquisadores. Estes doutrinadores já se propuseram a expor às suas percepções entre si dedutivamente combinadas, permitindo o acréscimo do trabalho de observação formulado somente pelo autor singular.

O tema escolhido se justifica, dentre outras coisas, pelo fato de que não há disciplina devida e explicitamente positivada acerca do assunto. A dogmática processual se limitou a enunciar proposições que dirigem os eventos jurídicos com fundamento na ideia da preclusão, mas não tratou de expressamente lhe atribuir qualidades próprias, sem que lhe estruturasse e esmiuçasse as suas características básicas. O legislador não enunciou os dados necessários e suficientes ao conhecimento da matriz do fenômeno, qual seja o instituto do qual se origina.

Embora e à primeira vista possa ser objeto afeito única e limitadamente à técnica processual, havendo de se remeter às instituições jurídicas meramente formais e sem correspondência direta com os elementos materiais dos direitos, o estudo se justifica em razão do fato de que o direito nem sempre se presta a coordenar comportamentos de forma direta.

O direito pode ser considerado em si mesmo uma técnica criada para a solução de conflitos, ainda que o faça de modo preventivo e, portanto, carece de alternativas metodológicas para a sua implementação, que até o séc. XIX não eram casuísticas, mas dotadas de particularizações típicas de cada comunidade em que o direito era aplicado com este desiderato. Não se pode afirmar, portanto, que as comunidades ou sociedades anteriores ao séc. XIX aplicaram o direito de forma aleatória, formulando procedimentos dirigidos somente aos casos concretos e estabelecendo cada uma das etapas de produção e conhecimento da norma aplicável em todos os momentos que fosse demandada tal interferência.

Os procedimentos e as formalidades processuais também servem à expectativa jurídica dos indivíduos, na medida que são a verdadeira metodologia jurídica do desvendamento do próprio direito. Tratam-se de arcabouço normativo, formal e abstrato por natureza, que se direciona a disciplinar a tarefa também formal e abstrata de se dizer o direito.

Somente as particularidades dos procedimentos adotados que qualificam e dão substância ao processo podem garantir a efetividade das condições abstratamente criadas pelo chamado direito material. O processo não se trata somente de uma chancela de comportamentos, mas, sim, de fazê-lo também criando concretamente a norma. É impossível ao ordenamento jurídico e, por consequência, ao direito material a criação um modelo absolutamente exaustivo e preciso.

Esta tarefa jurídico-metodológica de conhecimento do próprio direito implica, necessariamente, atividade voltada para a concretização das normas abstratamente concebidas, num desempenho eminentemente criativo destas normas para os casos submetidos. Assim, a qualidade da disciplina processual, a sofisticação dos seus institutos e o pleno conhecimento da sua dinâmica influenciam diretamente na materialização dos programas normativos abstratos, sendo o processo um co-responsável imediato pela qualidade da materialização do direito.

LUHMANN atesta que o sistema jurídico se orientaria para o mundo externo a ele circundante, considerando-o sempre como contingente e fazendo todas as suas formulações partir deste princípio. A esta altura, o sistema confirmaria a ideia de que não é possível abarcar solução para todos os casos concretos a serem submetidos a apreciação, razão pela qual garantiria a sua autopoiesis por meio da proibição da recusa de jurisdição.

A proibição de prestação jurisdicional seria, portanto, a força motriz da criatividade judiciária, mantendo o contato com os fatores externos ao sistema e ao mesmo tempo a própria fundamentação desta atividade inovadora. A situação contingencial real, decorrente da própria natureza dos fatores externos

1 HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006, p. 33.

ao sistema seria o critério de validação das inovações judiciário, decorrente do fato de que:

[...] essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos (Tatebestand) como Direito ou não-Direito.²

Insertas no próprio código do sistema estariam as suas programações de reformulação, permitindo um ajuste das condições de decidibilidade criadas a priori para o ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados. Por isso, “Não existem, por conseguinte, ‘lacunas no Direito’, mas – quando muito – problemas de decisão não regulamentados por leis.”³

Mais uma vez se evidencia a importância do processo, pois é a metodologia dirigida ao “ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados.”⁴

Como forma de ilustrar a posição do referido autor acerca da sua constatação de que a implementação da proibição da recusa de jurisdição é a engrenagem planetária na necessária e dela decorrente criatividade judicial, é válida a transcrição do seguinte excerto, *litteris*:

O caráter abstrato da proibição da recusa da Justiça corresponde a esse arranjo interno de contingências: ao esquematismo binário da possibilidade de valoração positiva e negativa e à contingência de todas as condições para a valoração correta, isto é, à contingência de todos os programas de decisão vigentes no âmbito do Direito Positivo. E essa contingência corresponde, por sua vez, ao fato de que o sistema deve implementar a sua própria autopoiesis num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar. (LUHMANN, 1990, p. 161)⁵

Aos Tribunais seria impossível trabalhar somente com a lógica puramente dedutiva, encontrando soluções apenas por meio da subsunção dos elementos relevante no substrato fático às fórmulas predeterminadas. Ressalte-se que o referido autor não dispensa a importância da argumentação dedutiva, afirmando que a mesma:

[...] desempenha um papel considerável em contextos de decisões suficientemente arranjados é mesmo indispensável, nem o fato de que erros cometidos nessa área de fundamentações de sentenças levariam irremediavelmente à suspensão (Aufhebung) através de instâncias superiores [...].⁶

Ao Judiciário caberia a tarefa, querendo ou não, de implementar novas tratativas dos fatos concretos, alterar formulas já constituídas, solucionar de maneiras mais adequada e por especialidade os casos postos diante do mesmo. Dessa forma coloca em prova e experimentação as soluções dispensadas, fazendo com que a suas formulações sejam suficientemente testadas, verificando a consistência frente ao direito vigente, “Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um direito judicial (*Richterrecht*).”⁷

MAURO CAPELETTI também destaca a importância do processo judicial ao valorizar a atividade jurisdicional, cuja metodologia é ele próprio, pois eminentemente criadora e complementar ao processo legislativo, mas que dele se distingue em virtude de estar eivado de características peculiares e eminentemente processuais, derivadas em maior ou menor medida do conjunto de procedimentos adotados, *litteris*:

2 LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 161.

3 Ibid., p. 161.

4 Ibid., p. 161.

5 Ibid., p. 161.

6 Ibid., p. 162.

7 Ibid., p. 162.

Aquilo que distingue o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juízes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade, mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies*, e na "virtude passiva", a "passividade" do Juiz quanto a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processual do próprio Juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num "processo justo" ou *fair hearing* de todas as partes.⁸

Os valores referidos pelo autor, "*controversies*" (ampla defesa em contraditório), "virtude passiva", "passividade", imparcialidade processual, "processo justo" ou "*fair hearing*" das partes não são imanentes ao conceito lógico jurídico de processo. Tais são conquistas alcançadas através da posituação de tais valores, o que se manifesta por meio dos procedimentos adotados, garantido, assim, os benefícios almejados e a contínua objetivação de um estado ideal de coisas.

A postura metodológica positivista proposta por HANS Kelsen também milita em favor da proposição de que o desvendamento do direito pelos órgãos jurisdicionais implica-lhes tarefa não somente declaratória, mas também constitutiva, uma vez que a decisão judicial proferida se trata de legítimo ato de conhecimento do direito, *litteris*:

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.⁹

O autor indiretamente também ressalta a importância do estudo dos institutos processuais, ao valorizar ainda mais a tarefa judiciária. Ele revela que a produção do direito por meio da prestação jurisdicional pode ser exercida não somente por meio da concretização vertical da norma no sentido individualizador, mas atribui tarefa de ainda maior gênese criativa, ao constatar que, *In verbis*:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub *judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar.¹⁰

Daí que resulta a equivocada formulação de se imputar ao processo a qualidade de instrumento numa articulação pejorativa. O nível de satisfação das necessidades humanas, muitas vezes, a depender do estágio de sofisticação e complexidade das demandas, tem o sucesso condicionado necessariamente e diretamente à qualidade do ferramental empregado na tarefa de consecução dos recursos pretendidos.

A importância do método ou da metodologia é, portanto, de natureza eminentemente pragmática, pois tal conjunto de procedimentos necessariamente deve conduzir às finalidades a que se propõe a atividade empreendida, seja ela uma técnica ou o que convencionamos chamar de ciência.

A metodologia deverá assumir uma orientação eminentemente teleológica, sendo, assim, as finalidades

8 CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 17.

9 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263.

10 *Ibid.*, p. 277-278.

para que se propõe determinantes da sua extensão e profundidade, devendo abarcar todos os sentidos propostos, sem deixar espaço para incertezas ou insuficiências. A concepção do método revela importância essencialmente funcional, pois a qualidade do que se pretende está diretamente ligada aos procedimentos, técnicas e concatenação dos mesmos.

No direito, em particular, não há exceção a esta regra, pois se trata de uma técnica administrada a determinado fim, que dele não pode se excluir, sob pena de deterioração do seu uso, deixando carentes as demandas das quais se origina e formulando soluções inúteis para problemas alienígenas ou até mesmo inexistentes.

É o que se tem verificado em determinada medida, pois não há um consenso acerca do que consiste a técnica jurídica e, a despeito do fato de que as discussões são necessárias, não só para a formação do convencimento, mas como um bom parâmetro para a descoberta dos objetos, a principal demanda jurídica é a solução dos conflitos de maneira aceitável, tendo como parâmetro os valores e interesses neles envolvidos.

O problema desta pesquisa proposta, por sua vez, se circunscreve na definição de quais os fenômenos jurídicos são dignos de ser normalizados como preclusão. Tal fato isoladamente não faz supor tamanha problemática. Mas se for defrontado com as demandas jurídicas, vê-se a importância de se estabelecer a origem e desiderato da instituição dos eventos que, por convenção, são assim chamados.

Conforme acima destacado, a problemática de se recortarem os fenômenos jurídicos e distingui-los com o rótulo de preclusão vem desde a ausência de normatização geral positivada acerca do tema. Isso porque não há uma conceituação expressa e clara a partir da legislação vigente, denotando as suas estruturas e características principais.

Entretanto, a dogmática não se faz absolutamente ausente quanto ao tema, deixando, entretanto, a formulação dos principais elementos e a mecânica da preclusão à doutrina, pois faz referência ao instituto, pacificando, ao menos, a questão acerca da existência ou não da preclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

São dispositivos que atestam a adoção da preclusão no direito positivo referido os artigos 169, § 3º¹¹, 245, caput e parágrafo único¹², 473¹³ do Código de Processo Civil, ficando os contornos do instituto (o seu regime jurídico) ao critério particular e minudente da norma positivada por meio da legislação. Significa que dependerá da dogmática.

2. DA PRECLUSÃO

2.1 Origens

O vocábulo “preclusão” deita raízes no latim e deriva da palavra *praeclusio*, esta oriunda do verbo *praecludere*, que significa tampar, vedar, proibir, obstar, ação de encerrar, denotando um acontecimento apto a ensejar estes referidos efeitos.¹⁴ Nesse sentido, as origens se revelam pela intenção de conceber determinado instituto com desiderato equivalente ao sentido do vocábulo.

Adverte MONIZ DE ARAGÃO que haveria substancial distinção entre a ideia jurídica advinda da palavra preclusão e ao objeto a que se refere na linguagem comum, pois significava em sentido vulgo “contato prévio de dois órgãos, para a produção de fonema explosivo”. Entretanto, continua este autor avisando

11 Art. 169. [...]§ 3º No caso do § 2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo;

12 Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

13 Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

14 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.

que atualmente já teria sido consagrado nos dicionário o sentido jurídico da palavra.¹⁵

No sentido jurídico atual e novamente salientando a lição de EDUARDO COUTURE, MONIZ DE ARAGÃO afirma que tal referência vocabular se trata de modernismo jurídico e teria se originado a partir da reunião de duas palavras advinda do inglês, formadas a partir do latim *praecludo*.

Couture observa tratar-se de "modernismo jurídico (séc. XX) tomado do inglês preclusion, que, conjuntamente com o verbo to preclude, formou-se do latim *praecludo*, -ere, e o substantivo *preclusio*, -nis. o verbo latino significava 'impedir', propriamente 'fechar na cara' composto de *prae*; 'diante de' e *claudo*, -ere 'fechar'" (Nem todos os dicionários jurídicos anglo-norte-americanos, porém, registram o vocábulo e seu conceito)

Substancialmente, o direito romano-canônico é a matriz jurídica que inspirou a continuidade da adoção de tal instituto no direito positivo, porquanto é de lá que as suas origens jurídicas se revelam. À época, preclusão era uma espécie de providência criada com intuito sancionador, uma ameaça administrada.¹⁶

Entretanto, conforme observa GIUSEPPE CHIOVENDA, embora a preclusão se refira aos limites impostos ao exercício de determinadas faculdades processuais, já na concepção moderna, esta se distanciaria do conceito original, porquanto prescinde da qualidade de pena.

He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, más allá de estos límites, estas facultades no se pueden ya ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de "preclusión", de un verbo de las fuentes que se encuentra usado, precisamente con el significado en que yo lo entiendo, en la poena *praeclusi* del derecho común, salvo que en la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena.¹⁷

Observa ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA que, embora haja alguns institutos no direito material que se assemelhem à preclusão, a ideia tem ordinariamente se originado a partir de fenômenos processuais e somente razão dos mesmos, e nesse universo jurídico particular, tem existência, levando a crer que, de fato, como antes referido, é fenômeno restrito ao processo, *litteris*:

Não obstante assumir algumas vezes, para certos autores, características de instituto de direito material, a preclusão é especificamente processual, não se confundindo, quer com a decadência, quer com a prescrição, quer com a nulidade, quer com a coisa julgada, conforme oportunamente se mostrará.¹⁸

A delimitação atual do conceito de preclusão, assim como a sistematização do mesmo no moderno direito processual encontra fundamento na obra de GIUSEPPE CHIOVENDA. Este autor, por sua vez, afirma que o seu pensamento acerca do tema se desenvolveu a partir dos trabalhos de OSKAR BÜLOW, atribuindo, também, inspiração alemã ao conceito moderno, conforme atestam FREDIE DIDIER JÚNIOR¹⁹ e ANTÔNIO ALVES BARBOSA²⁰.

Da mesma forma, afirma CHIOVENDA que a inspiração dos seus escritos se originam da referida obra do alemão OSKAR BÜLOW, um dos escritores germânicos que mais contribuíram para a ciência processual atual, levando a crer que os institutos processuais atuais e, por isso mesmo, a preclusão, tem sido sistematizada com base nessas lições.

15 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141.

16 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED Livros, 1999, p. 130. In: DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa juzgada e preclusión". Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

18 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 26.

19 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

20 BARBOSA, op. cit., p. 28.

Conclui-se, portanto, que o instituto adveio de tradição jurídica romano-canônica distante, e encontrou novos contornos, amoldando-se a partir das atuais doutrinas processuais que serviram de gênese para a abordagem do processo que se faz hoje em dia.

2.2 Conceito

Conceitualmente, a preclusão pode ser definida como a “[...] perda de uma faculdade ou poder no processo.”²¹ Assim, em decorrência de algum fato jurídico, as partes perdem determinadas faculdades ou juiz perde algum poder.

O autor, nesse particular, salienta a importância essencial do instituto para o processo, pois está diretamente conectado com necessidade imanente de que este seja sempre um avanço e nunca um retrocesso. Existe para impedir infundáveis reiteração dos atos já praticados, para vedar a constante repetição das providências já dispensadas.

O instituto da preclusão tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem seqüencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela aceleração processual.²²

No mesmo sentido é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, uma vez que “O processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional.”²³ Assim, a preclusão seria, numa perspectiva metajurídica, um mecanismo criado para que se possa impelir a prática dos atos num contínuo avanço no sentido de concludentemente se prestar a jurisdição.

Este conceito está nos moldes daquele formulado por GIUSEPPE CHIOVENDA, à exceção da perda do poder juiz, ao que o italiano não se referiu ao enunciá-lo. Chiovenda, todavia, ainda que não houvesse previsto ou catalogado a preclusão para os poderes do juízo, forneceu o suporte doutrinário para o instituto ao qual muitos autores se associam, conforme faz crer expressamente MONIZ DE ARAGÃO acerca do tema:

Regra geral entre os italianos, seguida no Brasil, é a adoção do que foi exposto por Chiovenda (inspirado na lição de Bülow): “entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, ou com a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de uma ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)”.²⁴

A partir dessas três situações selecionadas e reputadas por CHIOVENDA como deflagradoras da preclusão haveria as suas três modalidades, das quais resultaria a perda da faculdade relativa ao ato que se pretendia realizar, vez que o referido autor não se refere a poder.

Haveria preclusão temporal, em razão de se verificar determinado lapso de tempo maior do que aquele em que deveria ter sido praticado o ato. Seria consumativa a preclusão que decorre da prévia prática do ato, o que extingue o poder ou a faculdade de sê-lo novamente feito. Seria preclusão lógica aquela advinda da prática anterior de atos cujas finalidades são incompatíveis com aqueles que se pretende praticar. Isso ocorre, por exemplo, pela anuência tácita em relação à determinada decisão que se tenciona impugnar, que ocorre com o seu cumprimento espontâneo, ou qualquer outro ato, cujo desígnio conflite

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 454-455.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 627.

24 ARAGÃO, op. cit., p. 142.

com o do ato que o precede.

DINAMARCO ressalta que haveria um outro tipo de preclusão, desta feita visualizada por LIEBMAN e seria um tipo misto. Essa preclusão mista ocorreria pela conjunção de dois fatos jurídicos: a passagem do tempo e o prosseguimento do processo:

[...] ainda que não se manifeste no prazo sobre os fatos novos alegados ou documentos exibidos pelo réu (arts. 326, 327 e 398), o autor permanece com a faculdade de fazê-lo até que o juiz designe a audiência preliminar (art. 331).²⁵

Quanto à essa situação o autor disserta que:

Nesses casos, o prosseguimento do processo antes do decurso do prazo não acarreta preclusão alguma, porque isso transgrediria o direito de defesa e o devido processo legal. Por outro lado, embora a lei estabeleça prazo para a manifestação das partes, os juízos e tribunais atenuam esse rigor temporal e admitem que o autor fale mesmo depois de decorrido, só havendo preclusão se o processo tiver prosseguido. Por isso é que em casos assim, havidos por relativamente extraordinários no sistema, a preclusão depende do duplo requisito do decurso do prazo e eventual prosseguimento do processo (daí, ser ela mista).²⁶

Nesse caso destacado, a preclusão ocorreria em razão da conjunção de critérios de procedimentos construídos jurisprudencialmente e de normas dogmáticas, pois o direito positivo, isoladamente considerado neste particular, administra solução diversa. Conforme o código, a ausência de manifestação do autor no prazo em relação aos fatos novos alegados ou aos documentos exibidos pelo réu implicaria legítima preclusão temporal.

Se no caso os tribunais estão permitindo a manifestação do autor após o prazo legal, desde que o processo não tenha prosseguido, o limite cronológico anterior não existe, passando a ser, então, o prosseguimento do processo como o critério definidor aplicável. Se o critério definidor do "prosseguimento do processo" for um marco cronológico, novamente estar-se-ia diante de uma preclusão temporal.

No que diz respeito ao juiz, a preclusão relativa à prática de determinados atos que decorrem dos poderes de condução do processo de prestação jurisdicional é classificada como preclusão judicial. Assim, embora haja impropriedade na identificação dos conceitos de preclusão judicial e preclusão *pro iudicato*, ambos são diferentes entre si, pois, ressalvadas as críticas à clássica doutrina de ENRICO REDENTI quanto ao tema:

a preclusão *pro iudicato* atuaria no processo de execução produzindo um efeito prático equivalente ao da autoridade da coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*), de modo a obstar toda e qualquer ação que, após finda a execução, tencionasse recuperar as quantias entregues ao exequente.²⁷

O instituto da "preclusão *pro iudicato*" pressupõe, portanto, ter havido decisão em relação à matéria, embora esta não se inclua no objeto da demanda. Trata-se de formação de coisa julgada material em relação a temas incidentais, questões processuais que são resolvidas durante o curso do processo, mas que não fazem parte do objeto litigioso do processo. Estas questões, em regra, não integram a demanda, a menos que seja suscitada ação declaratória incidental.

Tal confusão decorre do mau uso do latim a ela pertinente, uma vez que, como bem pontuou JOSÉ MARIA TESHEINER:

Preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *iudicato* significa julgado; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro iudicato* significa "preclusão como se tivesse sido julgado". Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há "preclusão *pro*

25 DINAMARCO, op. cit., p. 455.

26 Ibid., p. 455.

27 GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128-129.

judicato”, porque esta supõe ausência de decisão.²⁸

Quanto à preclusão judicial, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, não sendo objeto de relevante controvérsia, portanto, que é possível a análise, inclusive de ofício, das questões de ordem pública a qualquer tempo durante o processo.

Todavia, em relação a se existe ou não preclusão do reexame das matérias de ordem pública, há divergência doutrinária, haja vista que há correntes no sentido de que implica preclusão já ter sido anteriormente decidido incidente que trate de questão de ordem pública no processo.

É válida a transcrição do que preleciona CELSO AGRÍCOLA BARBI nesse sentido, pois bastante ampliadora do conceito proposto por CHIOVENDA para acumular também a extinção de determinados poderes do juízo, *In verbis*:

Tudo isto leva a crer que o conceito de CHIOVENDA sobre preclusão não é exatamente o resumido no início desta parte do trabalho. A compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer: a preclusão abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz.

Por êsses motivos, é inaceitável a configuração do instituto nos termos em que o definiu o ilustre professor de Roma. Outra definição deve ser procurada, que compreenda todo o campo de ação do instituto, mas somente êsse campo.

[...]

Do exposto resulta que acertada é a conceituação de CHIOVENDA, já exposta, mas que sua definição deve ser ampliada para abranger também a preclusão de questões e atingir não apenas faculdades das partes, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões.²⁹

Essas são, portanto, as variantes da preclusão, instituto doutrinariamente classificado em razão dos fatos jurídicos que o deflagram. Tais constatações foram agremiadas em razão da catalogação das referências legais ao instituto, assim como das prescrições da lei processual quando dele se utiliza para a manutenção da marcha processual.

É novamente impositivo esclarecer e ressaltar a falta de organicidade quanto ao tema, uma vez que o Código de Processo Civil em determinados momentos se refere direta e expressamente à preclusão, ao passo que em outros apenas administra essa solução em razão de fatos determinados, qual seja, o transcurso de lapso temporal, a prévia realização de um determinado ato, ou o comportamento contraditório com a faculdade que se deseja exercitar, além, claro dos atos ilícitos (que serão tratados mais adiante), assim como as controversas preclusões judiciais, decorrentes da análise anterior de determinada matéria.

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil não cuidou de criar um instituto mediante procedimento estruturado e sistematizado, atribuindo-lhe as qualidades específicas, enunciado os seus caracteres distintivos e, por fim, prevendo os seus efeitos.

2.3 Natureza Jurídica

2.3.1 Preclusão como sanção

Originalmente, a ideia de classificar determinados efeitos jurídicos sob uma única rubrica denominada de preclusão adveio do responsável pela sua sistematização e estratificação dos fenômenos (GIUSEPPE CHIOVENDA). Estes fenômenos foram reunidos, sendo os mesmo intitulados de acordo com os elementos mais relevantes para deflagrá-los, decurso do tempo, prática de ato prévio sem correspondência lógica e consumação.

O autor expressamente afirma que se inspirou na obra de OSKAR BÜLOW: “Proporcionou-me o motivo

28 TESHEINER, José Maria. “Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz”. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>.

29 BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. Revista Forense, n. 158, p. 61.

e o ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de idéias, [...] sadias, fecundas e propulsivas: refiro-me a OSKAR BÜLOW"³⁰.

Conforme já afirmado antes, CHIOVENDA assim o fez no intuito de classificar as medidas de que o legislador lançava mão para agilizar o processo, induzindo-o a um fim com a prestação jurisdicional, impedindo que houvesse retornos a estágios superados. Tais providências, de igual sorte, teriam sido concebidas também para evitar que houvesse achincalhamento no uso das medidas processuais que delongam o seu desenrolar, mas que, corretamente usadas, constituiriam direitos legítimos, pelo que seriam garantidas, mas limitadas, a partir do estabelecimento de eventos extintivos desses direitos.

O ordenamento jurídico não se adstringe a regular as diversas atividades processuais, sua forma e seu conjunto, mas regula, também, sua sucessão processual; daqui se origina uma ordem legal entre as atividades processuais. O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.³¹

Verifica-se, portanto, que a proposta classificatória de CHIOVENDA desses eventos, atualmente chamados de preclusão, fundamenta-se em uma perspectiva eminentemente utilitarista, reunindo tais fenômenos em uma categoria a partir da utilidade que a limitação das faculdades das partes pode representar para o contínuo desenrolar do processo num permanente avanço.

Nesse estágio, ainda nas justificativas que lançou para a proposta de classificação, excluiu expressamente as sanções, afirmando que as mesmas já estariam dentre as outras medidas já utilizadas pelo legislador para garantir a incolumidade processual:

Esse objeto colima-o igualmente por outros meios, como seja: coibindo a protelação da fase instrutória ou da solução da causa, devida à negligência dos procuradores, com a aplicação de penas a estes (arts. 61, 170, 177 e 180); eliminando as superfluidades na defesa, negando a repetição das custas relativas aos atos supérfluos (art. 376), e assim por diante. Mais eficazmente, porém, atende a esse objetivo com o instituto da preclusão.³² (Grifo nosso)

Do mesmo modo afirma mais claramente CHIOVENDA que:

A este fin acude también con otras medidas, esto es, reprimiendo las dilaciones en la instrucción o en el desarrollo del pleito, dependientes de la negligencia de los procuradores, con **penalidades** a éstos (art. 61, 170, 177, 180, etc.) y reprimiendo las cosas supérfluas en las defensas negando la repetición de los gastos de los actos inútiles (art. 376). Pero más eficazmente provee a tal fin mediante la preclusión.³³ (Grifo nosso)

Vê-se que a exclusão da natureza sancionatória da preclusão por CHIOVENDA não foi despropositada, mas limitada justamente ao critério fenomenológico da preclusão, uma vez que se manifesta por meio da extinção das faculdades processuais, acrescido da utilidade que esta determinada providência representa para o processo.

Logo, partindo dos critérios reunidos pelo autor italiano, a preclusão não se prestaria a punir uma ilicitude com a extinção de faculdades processuais, posto que essa medida estaria enquadrada em classificação própria, sanções processuais. Isso também ocorreria pelo fato de a sanção não se prestar diretamente ao intuito desenvolvimentista do processo, mas apenas mediatamente ao punir as condutas que prejudicam a aproximação da prestação jurisdicional.

O desiderato principal da sanção seria punir os sujeitos do processo para que determinados atos não fossem mais praticados. Isso no interesse da manutenção da ordem do processo ou de proteção de

30 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

31 Ibid., p. 183.

32 Ibid., p. 183.

33 CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 357.

outros valores, ainda que extraprocessuais.

Já a preclusão, não. Esta se dirigiria prontamente ao impedimento das condutas, e não de desestimulá-las, no interesse único e direto da manutenção da marcha processual e da conservação das fases evolutivas já logradas.

DIDIER JÚNIOR, entretanto, defende a ampliação das hipóteses em que há a prescrição decorrente de atos ilícitos. Nesse particular, difere da asserção da doutrina clássica de CHIOVENDA sobre o tema, pois o autor italiano afirma que "Emprestei a essa consequência o nome de "preclusão", [...] ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena."³⁴ ou, mais direta e expresamente, "la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena."³⁵

Nesse sentido, preleciona DIDIER que, não raro, há hipótese de extinção de poderes processuais que consubstanciam uma sanção, imposta em razão da prática de comportamento ilícito, *In verbis*:

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato ilícito: a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC; b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 340, I, CPC), implica preclusão do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual); c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC); d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC).³⁶

Assim, não somente os fatos geradores da preclusão seriam aqueles já narrados, pois "Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato ilícito; há, pois, preclusão decorrente de um ilícito e não do descumprimento de um ônus."³⁷ Afirma este último autor, portanto, que seria possível conceber-se a preclusão como advinda da prática de atos ilícitos, havendo de se completar a lição de CHIOVENDA sobre o tema.

2.3.2 Preclusão, prescrição, decadência

A preclusão, especialmente a temporal, entendida como a perda de faculdade ou poder processual em decorrência do transcurso do tempo, mantém relação de muita proximidade com outros institutos jurídicos, quais sejam, a prescrição e a decadência.

Essa relação de proximidade conceitual se explica em razão de que o elemento constitutivo do tipo mais relevante para a manifestação dos institutos, tal vez o único, é justamente a verificação de determinado lapso. Logo, uma vez que todos os três implicam, de uma certa forma, mas não com o devido rigor técnico, alguma perda, assim entendido também o afastamento da pretensão, por consequência da inação do sujeito durante um certo tempo, é compreensível a confusão que se faça em torno dos mesmos.

Em primeiro lugar, não há de se confundir a preclusão com a prescrição, embora para uma espécie da primeira e para a segunda o transcurso do tempo seja essencial na deflagração dos efeitos jurídicos que as caracterizam. Como já destacado, dentre os elementos constitutivos do tipo que impõe como consequência a preclusão temporal, assim como também do tipo do qual decorre a prescrição, o tempo é dado importante é fato jurídico.

A prescrição é a perda da pretensão de determinado sujeito em relação a um direito de que goza e continua hígido, mesmo após o prazo prescricional ter se verificado. Nesse sentido, há somente um efeito obstativo em relação à capacidade de ação desse sujeito no que se refere à persecução de medidas que permitam a defesa deste direito.

34 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

35 CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa juzgada e preclusión". Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

36 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276-277.

37 Ibid., p. 277.

Havido o lapso caracterizador da prescrição, é extinta a pretensão do indivíduo relativa àquela parcela do patrimônio jurídico violado. A prescrição, portanto, somente se verifica a partir da deflagração do prazo prescricional, derivada da violação do direito, ou seja, desde que a obrigação de se tornou exigível e não foi adimplida.

Por esse motivo, procede o primeiro critério erigido por ANTÔNIO ALBERTO AVES BARBOSA para a distinção entre prescrição e decadência: "Assim, decadência e prescrição diversificariam: a) quanto ao objeto, porque a prescrição tem por objeto a ação e a decadência tem por objeto o direito;"³⁸

Entretanto, é sabido que a decadência é a extinção de um determinado direito que não fora exercido no prazo estabelecido em lei ou por força da capacidade negocial das partes. Este direito, portanto, diferentemente da hipótese de prescrição, não permanece incólume, mas decai, é eliminado, é obliterado do patrimônio do sujeito, em razão do transcurso do tempo.

No caso da decadência, não é a pretensão que é atingida, mas o próprio direito, que não se trata de qualquer direito. Os direitos que são atingidos pela decadência são os direitos potestativos e não estão vinculados ao cumprimento de uma obrigação do sujeito passivo.

O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser "executado", no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de estado de sujeição).³⁹

Logo o segundo critério utilizado por Antônio Alberto Aves Barbosa para a distinção entre prescrição e decadência também procede, uma vez que afirma que a prescrição sempre supõe um direito cujo exercício sofreu obstáculo por força da resistência do sujeito passivo, enquanto no caso da decadência, o direito nunca fora exercido, somente tendo existido em potencial.⁴⁰

A preclusão, por sua vez, se distinguiria dos demais por conta do fato de que os demais institutos se referem a direitos substantivos, todos se referem a direitos pré-processuais. A preclusão, não. Este último implica a perda de uma faculdade ou um poder, do juízo ou das partes.

Dito isso, verifica-se que a preclusão se aproxima demais da decadência, pois essa e aquela também denotam a perda de direitos potestativos, uma vez que a sujeição das partes em relação a outras pelo exercício de poderes, que assim se caracteriza justamente em razão da capacidade de sujeição, é elemento característico comum.

Mas ressalte-se que a preclusão também se refere a faculdades, além de que é instituto processual e que se realiza em razão da manutenção perene da coordenação, sucessão dos atos e continuidade dos procedimentos para a prestação jurisdicional. Esse interesse direto do instituto em manter a direção e a marcha do processo no sentido da prestação jurisdicional serve de excelente critério distintivo, porque põe em evidência a noção de instrumentalidade da preclusão para a promoção de medidas necessárias ao desenrolar, e bom, do processo.

2.3.3 Preclusão como efeito jurídico

Retomando o raciocínio que encerrou o tópico anterior, a preclusão não foi expressamente estruturada pela legislação. A dogmática não lhe inaugurou e nem lhe proporcionou a organicidade, sistematizando-a e atribuindo-lhe as qualidades, características e efeitos.

A norma positivada somente se serviu do instituto para administrar as soluções que se mostraram

38 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 117.

39 DIDIER Jr., Fredie. "Sentença constitutiva e execução forçada". Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/>, consultado em 18.04.2011, às 21h8min.

40 BARBOSA, op. cit., p. 117.

interessantes para os desideratos processuais, porquanto se revelam tais fórmulas por meio dos parcos dispositivos que se referem diretamente à preclusão.

Entretanto, o uso dos expedientes dogmáticos chamados preclusivos, ou as hipóteses de preclusão, revelam muitos mais do que simples tipos legais estatuídos com determinados fins. Os fatos eleitos como hipótese de incidência, fato gerador, *fattispecie* ou *tatbestand* são muito didáticos para demonstrar uma qualidade que é intrínseca à preclusão e muito aceita pela doutrina, sem que haja maiores embates por conta disso.

Considerando a reunião de atos ou fatos que dão origem à preclusão, está é facilmente caracterizável como um efeito jurídico. A preclusão é, na maioria das vezes, o resultado da reunião de determinados fenômenos que o direito elege para lhe servir de suporte e condicionar juridicamente a emersão de um determinado efeito à reunião deles, qual seja, o de eliminação de um poder ou faculdade processual.

CHIOVENDA já havia se referido expressamente a esta qualidade da preclusão, quando afirma que se trata de uma expressa consequência jurídica à agremiação dos elementos enunciados como formadores do tipo, nesse sentido, *In verbis*:

Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade; mas têm todas, em comum, este elemento, em que, para mim, se concentra a essência da preclusão, a saber, a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício.⁴¹

Dessa forma, as hipóteses acima traçadas de preclusão atendem a esse critério e revelam que o transcurso do tempo (preclusão temporal) a prática de um determinado ato incompatível com o desiderato de praticar um outro que lhe seja posterior (preclusão lógica), a prática de um ato que se deseja repetir, preclusão consumativa, da mesma sorte que o cometimento de um ilícito, nas hipóteses transcritas, implicam a perda de uma faculdade ou poder processual.

Nesse ponto, há de se diferenciar poder processual de faculdade. Deve ser utilizado para tanto e como critério a existência ou não de interferência na esfera jurídica alheia pelo simples lançar mão dessa faculdade ou poder.

Faculdade, portanto, seria o exercício pela parte da sua liberdade de conduta no processo, sem que perceba vantagens jurídicas, mas sempre sem implicar ônus para o órgão judiciário ou interferir no patrimônio jurídico processual do adversário, não lhe promovendo prejuízos e nem aproveitamentos. Estas seriam as faculdades, as faculdades puras, que são muito raras no processo.⁴²

Por outro lado, a preclusão pode atingir os poderes das partes, que são faculdades que, quando exercidas, produzem efeitos sobre a esfera jurídica alheia, gerando deveres para o órgão judiciário ou agravando a situação da outra parte. Assim, o simples exercício destes poderes são aptos a motivar a degradação da condição da para a parte contrária ou obrigações para o juízo.

Ilustrou bem o tema CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando afirma, *litteris*:

Bastante ilustrativo e o poder de recorrer: a parte vencida tem a faculdade de optar entre recorrer ou não recorrer, mas se optar por fazê-lo isso criará para o órgão jurisdicional superior o dever de proferir nova decisão. Como todos os poderes, o de recorrer inclui uma faculdade, que no entanto não é pura faculdade.⁴³

Assim, não é árdua a tarefa de classificar a preclusão como o efeito jurídico de extinção de uma faculdade ou poder processual decorrente da reunião de determinados elementos constitutivos de um tipo.

41 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

43 *Ibid.*, p. 206.

Aliás, conforme ilustrado acima, a preclusão como efeito jurídico apto a extinguir faculdades ou poderes das partes expõe a face do instituto de maior recorrência nos diversos regimes jurídicos processuais do ordenamento jurídico brasileiro. Esta natureza de efeito jurídico é que está mais apta a proteger os interesses veiculados por meio desse instrumento que objetiva necessariamente a manutenção do desenvolvimento processual, a evolução do processo, um desenrolar progressivo, impondo a sucessão de procedimentos destinados à prestação jurisdicional, nas palavras de CHIOVENDA, "este elemento, em que [...] se concentra a essência da preclusão."⁴⁴

Quando se refere à essência da preclusão, se está dizendo que este instituto se caracteriza em maior medida quando efeito jurídico de extinção dos poderes ou faculdades processuais dos sujeitos do processo. Isso porque, conforme já exaustivamente ressaltado, o interesse maior e mais direto de se instituir a preclusão é justamente de se criar um efeito jurídico que garanta a marcha processual no sentido da prestação jurisdicional e para impedir o retorno do procedimento a fases anteriores.

Essa é o funcionamento primordial da preclusão e que demonstra a sua condição mais relevante e notável: de efeito jurídico.

Mas resta atestar se a preclusão também pode se caracterizar como um fato jurídico.

2.3.4 Preclusão como fato jurídico

A leitura da cadeia normativa que envolve a matéria permite afirmar que a preclusão pode originar outros efeitos, tais quais ela o é quanto classificada desta maneira. À legislação é absolutamente facultada a formulação de um determinado regime jurídico que admita a preclusão como um fato que implique os efeitos desejados.

A norma jurídica, e a isso acresça-se (mesmo que por mais obvio que pareça), entendida no sentido estritamente jurídico, nada mais é do que uma programação constitutiva, uma formulação do próprio universo jurídico. Na perspectiva do ordenamento, a norma vincula o direito de acordo com os elementos que ela própria dispõe, ela o concebe de acordo com o seu desiderato.

Ressalte-se a norma jurídica tem certamente força criativa do sistema e também descritiva, uma vez que as considerações anteriores foram suficientes para caracterizar a norma de tal forma e servem a ambas as conclusões. Mas é necessário que se ressalte que, mesmo que a norma (agora entendida como um enunciado linguístico representativo) não limite de forma absoluta o direito a partir dos elementos de que ela dispõe, esta assim o faz em certa medida, ou seja, relativamente. Isso prova a sua natureza construtiva, mas não lhe nega a descritiva.

O que se tentar explicitar é que, por conta de haver limites à capacidade representativa dos enunciados linguísticos, assim como limitações de quem os emite, a norma jurídica é muito mais ampla do que os elementos do dispositivo podem denotar. A norma jurídica não se limita aos termos e sentido mais estritos dos seus enunciados. Ela é frequentemente mais ampla que isso.

Entretanto, essa abertura hermenêutica não é total. Dos enunciados jurídicos não há uma infinita normogênese. Os elementos reunidos nesse enunciado limitam a interpretação a determinados níveis, não sendo possíveis as interpretações que extrapolam essas barreiras.

Assim o é em relação ao instituto preclusão, vez que o ordenamento jurídico se utiliza frequentemente desse expediente, mas não tratou de promover a constituição da sua matriz, como nos casos, por exemplo, quando o Código Tributário Nacional descreve as espécies de tributo. Nesse particular, a norma informa o conceito jurídico acerca do que é imposto, taxa e contribuição de melhoria, atribuindo-lhes as características mais elementares de cada uma das espécies.

A legislação, quanto a isso, tratou de reunir os elementos necessários e suficientes à caracterização do que é cada uma das espécies tributárias. A partir do critério legal de atribuição de qualidades se pode

44 CHIOVENDA, op. cit., p. 184.

facilmente distinguir o que é taxa do que é imposto e do que é contribuição de melhoria.⁴⁵

Mas não somente, fez melhor que isso, pois além de minudenciar as espécies de tributos, também tratou de enquadrá-las nesse gênero. Assim o fez por meio de enquadramento direto, o que ocorre quando arbitrariamente se insere determinado elemento em um conjunto. Mas também enquadrando substancialmente as espécies, pois descreveu as qualidades do gênero a que pertencem e tratou de repetir essas qualidades também nas variadas espécies.

No caso do processo civil e do instituto preclusão, verifica-se que a legislação não estruturou o fenômeno, pois somente lhe dispensou disciplina casuística, lançando mão das providências veiculadas pela preclusão, nas hipóteses que se revelaram salutares. Em raras exceções, a legislação processual a ele se refere com tratamento muito genérico, a exemplo dos artigos 245, caput e parágrafo único e 473 do Código de Processo Civil, quando determina que:

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Nos demais casos, apenas elege os elementos constitutivos do tipo e formula as consequências para cada situação em particular.

Dessa forma, "o Código de Processo Civil não apresenta uma disciplina Orgânica e sistemática da preclusão. Simplesmente assume esse conceito doutrinário [...]".⁴⁶ Afirmar que a lei assumiu esse conceito doutrinário, significar dizer que a doutrina se encarregou de catalogar as ocorrências desse fenômeno, enumerar as suas características e determinar a relação de causalidade do mesmo.

No mesmo sentido observa CHIOVENDA, quanto atesta que a sua tarefa em relação à preclusão foi prospectiva e classificatória dos efeitos sob esta rubrica:

Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de "preclusão", [...]. Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade.⁴⁷

A partir da constatação de que é possível ao ordenamento jurídico eleger livremente os elementos constitutivos do tipo jurídico, cujos efeitos também são de sua livre escolha, é que se identifica o instituto preclusão como componente de diversos outros efeitos jurídicos.

45 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 456.

47 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

Entretanto, a preclusão como fato jurídico não corresponde à descrição levada a cabo em algumas oportunidades por alguns doutrinadores. A referência à preclusão como um fato processual advindo da ausência de outro, ou em consequência a outro fato, não lhe implica qualidade de fato jurídico ou processual.

A preclusão é um acontecimento, um fato, que surge no processo, ou como resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade); ou como consequência de determinado fato, que, por já ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez; ou ainda como decorrência de haver sido praticado (ou não) algum ato, incompatível com a prática de outro.⁴⁸

Essa formulação, embora absolutamente pertinente em relação às qualidades do instituto, não corresponde exatamente à preclusão quando faz referência à mesma como um fato que enseja a extinção das faculdades ou poderes processuais, em consequência à implementação do tipo jurídico.

Essa referência à preclusão, nessa oportunidade, manifesta claramente a sua natureza de efeito jurídico, pois não se pode diferenciar a preclusão da extinção dos poderes ou faculdades que dela decorreria. A extinção dos poderes ou faculdades são justamente a preclusão. Preclusão, nos casos descritos no excerto, é essencialmente a extinção dessas situações jurídicas ativas por conta da reunião de determinados fatos, dos quais se origina a extinção. Preclusão e o impedimento à prática dos atos por ela inquinados são a mesma coisa.

Mas essa não é uma posição isolada. A tentativa de tratar a preclusão como um fato jurídico a partir da perspectiva de observação da mesma como o efeito que ela consubstancia ocorre por uma injustificável fusão de dois conceitos jurídicos. Isso decorre da confusão do conceito de fato jurídico, como dado relevante para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, com o de evento jurídico, que é absolutamente genérico, quase como “coisa jurídica”. Esse último é, portanto, próximo de ser inservível, derivado unicamente da simples percepção deste determinado fenômeno, que tanto pode ser um fato, quanto um efeito jurídico.

Nesse sentido, corroborando a ideia de que a preclusão, quando encerra as faculdades ou direitos processuais, é a própria extinção, *litteris*:

Consoante esse mesmo raciocínio acima exposto, o fato jurídico será, por sua vez, processual quando tiver relevância para o processo, isto é, quando produzir efeitos ou consequências sobre este último. Assim como um fato da vida é considerado do jurídico quando for relevante para o direito, de forma idêntica, desde que relevante para o processo, será então também considerado processual.⁴⁹

E o autor complementa, afirmando expressamente as conclusões acima tomadas, no sentido de que “Como já asseverado anteriormente, parece-nos mais adequado afirmar que a preclusão e a própria perda, não sendo um mero efeito dela oriundo.”⁵⁰

Dito isto, embora seja absolutamente saliente no ordenamento que a predominância do instituto se revele quando efeito jurídico, posto que nesse particular “O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.”⁵¹ provocando a extinção das faculdades e poderes processuais, nada obsta ao fenômeno preclusivo servir de suporte fático para outros efeitos, sendo, nessa perspectiva, um legítimo fato jurídico.

A doutrina, por via de consequência, já se encarregou de catalogar as ocorrências do fenômeno, assim caracterizado por reunir os elementos de distinção da preclusão já tratados.

48 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, 145.

49 GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

50 Ibid., p. 70.

51 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal.⁵²

No mesmo sentido afirma ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, quando conclui que “Ela não é apenas circunstância, mas dela poderão decorrer muitas circunstâncias; não está somente ligada à estrutura, porque é, afinal, a garantia da estrutura do processo.”⁵³, fazendo crer que o instituto, conforme o próprio autor afirma que o é⁵⁴, pode servir de suporte fático para que sejam deflagrados outros efeitos jurídicos, constituindo também fato jurídico e não somente efeito.

Esta condição da preclusão como fato jurídico também já havia sido objeto de tratamento por CHIOVENDA, na medida que o referido autor expressamente afirma que do instituto pode se originar direitos, compondo a preclusão um dos elementos do tipo jurídico que prevê a constituição de uma relação jurídica:

Da preclusão pode originar-se um direito (por exemplo, *actio iudicati*); mas pode mais comumente originar-se uma simples situação jurídica. A situação jurídica (Kohler) é, por igual, uma figura jurídica do direito privado e do direito processual; distingue-se do direito porque encerra apenas um elemento do direito, ou de um efeito ou de um ato jurídico futuro; quer dizer, apresenta-se uma circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico, ao passo que, se tais circunstâncias não sobrevêm, deixa aquela de produzir qualquer efeito.⁵⁵

Nesse particular, é ressaltada a recorrente condição da preclusão como um elemento constitutivo do tipo. Da mesma forma que o exemplo formulado por DIDIER JÚNIOR, CHIOVENDA salienta a condição da preclusão como um dos elementos do direito “circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico”⁵⁶.

Invoca, inclusive, semelhante exemplo que o referido por DIDIER no que tange à constituição da coisa julgada, havendo a preclusão de integrar um dos elementos do tipo jurídico e assim produzindo outros efeitos em uma relação processual diversa daquela em que se formou: “outra coisa é o caso julgado que decorre da preclusão da questão de mérito e se destina a produzir seus efeitos nos processos futuros (supra, vol. I, n.º 117);”⁵⁷.

Como um outro exemplo de preclusão servindo de elemento integrador do suporte fático, pode se citar a prorrogação da competência em razão de estar precluso o direito da parte de arguir a incompetência *ratione loci*. Nesses casos, a preclusão atua como legítimo fato jurídico, promovendo prorrogação da competência do juízo, em razão do simples fato de não ter sido oposta exceção pela parte interessada e que dispunha deste poder processual.

Ademais, não é profícuo o exame sucessivo dos exemplos, pois muito diversos e apenas a ocorrência de um deles é capaz de provar a condição da preclusão de, em determinadas situações, fato jurídico.

O essencial é atestar simplesmente a existência desses fenômenos e perscrutar a dinâmica do mesmo, compreendendo quais são os elementos que denotam essa situação. Logo, a preclusão será fato

52 DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

53 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 38.

54 Ibid., p.38: “Considerá-la como método, parece-nos que é alterar-lhe a verdadeira posição, uma vez que, na verdade, ela é o instituto do qual decorre o método do processo.”

55 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

56 Ibid., p. 185.

57 Ibid., p. 186.

jurídico sempre que esta integrar um dos elementos de um tipo, implicando a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Assim o será quando essencial, isolada ou conjuntamente com outros elementos, para a verificação de outros efeitos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **"Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2a ed. São Paulo: RT, 1992.
- BARBI, Celso Agrícola. **"Da preclusão no processo civil"**. Revista Forense, n. 158.
- CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. **Principios de Derecho Procesal Civil**, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922.
- _____. **"Cosa juzgada e preclusión"**. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 223-292.
- COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- DIDIER Jr., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. **"Sentença constitutiva e execução forçada"**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/>, consultado em 18.04.2011, às 21h8min.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **"A posição dos tribunais no sistema jurídico"**. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra **Manual do processo de conhecimento** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- TESHEINER, José Maria. **"Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz"**. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>.

A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Conceito de empregado doméstico. 3. Direitos sociais trabalhistas assegurados aos domésticos; 3.1 Jornada de trabalho; 3.2 Horas de prontidão; 3.3 FGTS e seguro desemprego; 3.4 Salário família; 4. Propostas para reduzir o impacto das novas regras ora debatidas no Congresso Nacional; 4.1 Supersimples; 4.2 Multa sobre o FGTS em caso de dispensa sem justa causa; 5. Penhorabilidade do bem de família; 6. Sindicalização das Empregadas domésticas; 7. Observações conclusivas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A recém-publicada Emenda Constitucional n. 72 de 2 de abril de 2013 dispõe de um único artigo que se limita a alterar o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Brasileira. A sua repercussão econômica e social, está sendo, contudo, gigantesca. Ela representou, ao fim e ao cabo, o mais importante passo, dado até aqui, em direção ao fim de uma das mais injustificáveis discriminações positivadas em textos legais do ordenamento jurídico brasileiro, a desigualdade de tratamento entre os empregados domésticos e as demais formas de empregados urbanos. Um resquício cultural que guardamos desde a época colonial em que os senhores de engenho e suas sinhás mantinham mucamas para cuidar dos afazeres domésticos das “Casas Grandes”.

Nada, além do apego a essa malfadada tradição histórica, justificava o fato de os empregados domésticos não disporem, no Brasil, dos mesmos direitos assegurados aos demais trabalhadores urbanos. Esse costume poderia ter sido facilmente abandonado em 1943. Era preciso apenas o legislador ter excluído do texto da Consolidação das Leis do Trabalho a regra do artigo 7º, “a”¹ ou, melhor ainda, ter estatuído expressamente que todas as regras ali dispostas seriam sim aplicáveis às domésticas. Optou, no entanto, por respeitar a tradição. As casas e apartamentos brasileiros continuaram a ser construídas e vendidas com “dependência de empregada”...

Anos mais tarde seria preciso apenas que os representantes do povo brasileiro optassem por assegurar aos domésticos os mesmos direitos do urbano ao invés de elaborar um estatuto do trabalhador doméstico, como o de 1973², marcado pelo viés discriminatório, para que uma grande revolução cultural fosse verificada. Preferiu-se novamente manter o apego aos resquícios de colonialismo.

Novamente em 1988 perdeu-se outra valorosa oportunidade de encerrar essa injustificável desigualdade de tratamento. Bastava que o artigo 7º, parágrafo único tivesse igualado de uma vez por

1 Na sua redação originária o discriminatório dispositivo dispunha que: “Art. 7º - Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;” Em 1945 ele teve sua redação discretamente alterada pelo Decreto-lei n. 8.079 e passou a dispor assim: “Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

2 Trata-se da Lei. 5.859/72. É importante fazer referência também ao Decreto n. 71.885/73, que o regulamentou.

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO

Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor pela Universidade de Nantes, França. Professor de direito nos cursos de graduação da Universidade São Judas Tadeu e da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV. Professor e coordenador de cursos de especialização em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior de Advocacia de São Paulo, onde também exerce a função de membro do Conselho Curador para o triênio 2013-2015. Professor dos cursos de especialização da Escola Paulista de Direito-EPD, curso FMB, Núcleo Trabalhista Calvet e GVLaw/FGV. Professor convidado na Universidade de Nantes, França (2013).

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz, ES. Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de cursos de Pós-Graduação em Vitória, ES. Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

todas os direitos dos trabalhadores domésticos aos dos trabalhadores urbanos ao invés de elaborar um rol taxativo de direitos trabalhistas assegurados aqueles. Optou-se, mais uma vez, pelo apego a um passado escravagista que deveria ser esquecido.

A edição, em dez de fevereiro do ano 2000, de um Decreto regulamentando dispositivos da Lei n. 5.859 e a discreta alteração desta lei pela de número 10.208, de 23/3/2001, para facultar o acesso do empregado doméstico ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e ao Programa de Seguro-Desemprego, foram formas de hipocritamente manter a situação como estava. Poucos empregadores domésticos efetivamente optaram por contribuir para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço de suas domésticas, requisito indispensável para que a elas fosse assegurado o seguro-desemprego.

Outra oportunidade de encerrar por vez a discriminação entre domésticos e outros tipos de trabalhadores foi perdida em 2006. A lei 11.324 de 19/7/2006 implementou modificações no regime de férias dos trabalhadores domésticos, vedou descontos salariais do empregado doméstico pelo fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia e a dispensa da doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. As mudanças novamente ficaram muito aquém do necessário para acabar com a discriminação legalizada ora criticada.

Esse breve esboço histórico nos ajuda a perceber que o fato de o projeto de Emenda haver sido aprovado em curto espaço de tempo não significa que o tenha sido de forma prematura. Muito pelo contrário. A evolução cultural que será impulsionada pelas novas regras demorou injustificadamente para acontecer. Possivelmente porque a elite brasileira, composta em sua esmagadora maioria por empregadores domésticos, recusava-se a reconhecer a necessidade de se conferir aos seus empregados os mesmos direitos assegurados a todos os demais.

Quando finalmente a Emenda Constitucional n. 72 ampliou substancialmente os direitos trabalhistas dos domésticos não foram poucos os que a criticaram. O principal motivo de críticas foi, inquestionavelmente, o encarecimento que o singelo texto legal de não mais do que algumas palavras causará no trabalho doméstico. Houve quem enfatizasse que além de gerar encarecimento suas medidas tornaram a relação de trabalho mais burocrática e conflituosa³. E quem enfatizasse que essa estrutura de relação de emprego era fruto de um costume e tradição que ao invés de discriminar os domésticos, os favorecia, destacando que o processo de desmonte das instituições que foram criadas ao longo dos anos no tocante ao trabalho doméstico, se inadequadamente acelerado, poderá resultar em aumento massivo de desemprego, prejudicando milhões de trabalhadores que hoje são empregados nessas atividades⁴.

3 “A nova lei, além de encarecer os serviços (que já estão caros), vai mudar o relacionamento entre empregada e empregador, que, de confiável e amistoso, passará a burocrático e conflituoso” (PASTORE, José. Domésticas – o que faltou dizer. O Estado de S. Paulo, terça-feira, 9 de abril de 2013, p. B2).

4 “No tocante ao trabalho doméstico, os costumes e instituições brasileiros ao invés de serem discriminatórios contra os trabalhadores domésticos, são, pelo contrário, discriminatórios a seu favor. As alterações recentes podem acabar produzindo mais perdas do que ganhos para todos.

Apenas para exemplificar o risco que se corre no caso de uma regulamentação uniformizante e pasteurizada para todos os trabalhadores, inclusive os domésticos, cumpre lembrar o mal causado pelo Estatuto da Terra em 1964 no tocante aos trabalhadores rurais. O sistema de colonato, instituição secular brasileira, permitia aos trabalhadores nas fazendas fazer o cultivo intercalar nos cafezais. Ao mesmo tempo em que colhiam bons frutos de seu trabalho em benefício próprio, ainda ajudavam a manter limpas as lavouras cafeeiras, aumentando a produtividade e a rentabilidade da cultura do café no Brasil, que se tornou rapidamente o maior produtor e exportador mundial do produto. Além disso, os fazendeiros forneciam casas nas colônias para os trabalhadores, que ainda complementavam seus rendimentos com atividades de sobrevivência, como o cultivo próprio de hortas, pomares, criação de animais para auto-consumo etc.

Toda essa estrutura social e organizacional foi subitamente desmontada pelo Estatuto da Terra, que incorporou todos esses rendimentos paralelos ao salário contratual dos trabalhadores. Isso gerou conflitos e enormes passivos trabalhistas para os fazendeiros. O resultado foi um só: êxodo para as cidades, o abandono de milhões de residências rurais, o afluxo de enormes massas populacionais para as favelas nas periferias das grandes cidades, e um gigantesco déficit habitacional popular, cujo preço ainda hoje onera os brasileiros. É preciso muita cautela nesse processo de desmonte das instituições que foram criadas ao longo dos anos no tocante ao trabalho doméstico. Erros poderão resultar em aumento massivo de desemprego, prejudicando milhões de trabalhadores que hoje são empregados nessas atividades. Ademais, não há sinais de rejeição ou de desconforto nessas relações”. CINTRA, Marcos. Trabalho doméstico em debate. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/economia/97980>. Acesso em 12 de abril de 2013.

As críticas, contudo, não são pertinentes. O custo que será gerado para os empregadores domésticos pelas novas regras está contido no preço natural a ser pago para que se viva numa República que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Se por um lado é verdade que o impacto econômico das políticas trabalhistas não deve ser ignorado no momento da implantação de novas regras trabalhistas e da instituição de novos direitos, sob pena de se criar a chamada “proteção que desprotege”, pois gera desemprego, por outro ele não pode ser utilizado eternamente como óbice para a implementação de direitos humanos e correção de injustiças históricas. Admitir esse tipo de justificativa resulta em adiar indefinidamente modificações urgentes e indispensáveis. Se essa ideia tivesse restado vitoriosa em outros momentos da história, o Brasil não teria jamais abolido a escravidão legalizada. Afinal, como bem observou Lênio Luiz Streck, nos momentos que antecederam a abolição da escravatura, dizia-se “que ‘a-economia-do-país-iria-à-bancarrota’, que a produção seria sacrificada e que o ‘sagrado’ direito à propriedade seria desrespeitado”⁵.

O aumento da burocracia e a tradição e os costumes tampouco são argumentos razoáveis para se adiar ainda mais a homogeneização dos direitos dos trabalhadores urbanos. O pequeno sacrifício adicional que formalidades como o controle de jornada para os empregadores domésticos gerarão não são nada comparados à evolução que as novas regras trarão para a sociedade brasileira. O apego à tradição e aos costumes só é válido quando forem adequados e dignos de eternização. Do contrário ele sempre nos manterá estacionado no mesmo estágio da evolução.

2. CONCEITO DE EMPREGADO DOMÉSTICO

Empregado doméstico, nos termos do artigo 1º da Lei 5.859/72, é a pessoa física que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial das mesmas. Os marcos distintivos entre essa e outras formas de emprego urbano são, nos termos da legislação vigente, o fato de a atividade desenvolvida pelo empregado doméstico não resultar em lucro para o empregador, de ser realizada “no âmbito residencial” e com continuidade e não mera eventualidade.

A doutrina, entretanto, consagrou, de forma bastante acertada, que deverá ser considerado trabalho doméstico aquele prestado “para o âmbito residencial”, ainda que desempenhado parcialmente ou totalmente fora da casa do patrão, como sói ocorrer com os motoristas. Para Vólia Bonfim Cassar há um equívoco na redação contida no artigo 1º da Lei supracitada, quando este se refere ao trabalho executado “no” âmbito residencial do empregador doméstico. Em sua opinião seria mais apropriada a expressão “para” o âmbito residencial, pois há domésticos que executam serviços para a família ou para o âmbito residencial ou para o consumo da pessoa física, e não o faz para terceiros.⁶ Até porque “para ser doméstico, basta trabalhar para empregador doméstico, independentemente da atividade que o empregado doméstico exerça, isto é, tanto faz se o trabalho é intelectual, manual ou especializado”.⁷

Assim, a função do doméstico pode ser a de acompanhante ou de cuidador(a) de idosos, enfermeiro(a) residencial, faxineiro(a), cozinheiro(a), jardineiro(a), professor(a) particular, motorista particular, segurança particular, babá, governanta, lavadeira, porteiro de casa, vigia, dentre outras. O caseiro também poderá ser considerado empregado doméstico, desde que o local onde a função laborativa é desenvolvida não explore atividade econômica.

Outra distinção feita pelo estatuto do trabalhador doméstico diz respeito à opção pelo epíteto “continuidade” em detrimento de “não eventualidade”. Há quem sustente que seriam sinônimos. A posição que vem prevalecendo, contudo, é no sentido de que as duas expressões não apresentam o mesmo alcance.⁸ Exige-se mais rigor na caracterização do elemento continuidade do que na

5 STRECK, Lênio Luiz. A PEC das Domésticas e a saudade dos “bons tempos”. Consultor jurídico 11 de abril de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saudade-bons-tempos>>. Acesso em 12 de abril de 2013.

6 Ibid., p 347. Imperioso observar, ainda, que o doméstico pode executar seus serviços tanto na unidade familiar principal do patrão, como em residências mais distantes, como a casa de praia ou de campo, tendo em vista que o deslocamento para fora da residência principal, no exercício das funções domésticas, não descaracteriza a relação. Tem-se, como exemplo, o motorista particular em viagens.

7 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 336.

8 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 235.

caracterização do elemento não eventualidade. Um trabalho somente pode ser considerado contínuo quando inexistir uma interrupção, seja por qual razão for, no fluxo sequencial das atividades. Para que seja considerado não eventual é suficiente que ele não seja contratado para um evento específico, mas para uma sucessão de tarefas ou para uma atividade que se prolongue no tempo.

É por essa razão que o trabalho de um professor que leciona uma única disciplina, em um dia específico da semana, por exemplo, a segunda-feira, é considerado não eventual, mas seguramente não poderia ser considerado contínuo. É não eventual porque a contratação não foi para um único e específico e evento, mas para a sucessão de tarefas relacionadas com aquela disciplina como, por exemplo, a elaboração das aulas, a formulação e correção das avaliações, o lançamento das notas e das faltas, etc. Não é contínuo porque o longo lapso temporal entre uma aula e outra, usualmente preenchido pelo magistério em outras instituições, ou, quiçá, por outras atividades, quebra a sequência de tarefas para o mesmo empregador.

O trabalho da diarista que comparece duas vezes por semana ao trabalho, o dobro das vezes do professor citado no exemplo, até poderia ser considerado não eventual, dado que não é formalizado para um único evento, mas para o cuidado com as tarefas domésticas, uma atividade de trato sucessivo. Mas certamente não poderia ser considerado contínuo. Os dias em que a doméstica não comparece ao trabalho, seja para prestar serviços a outrem, seja para repousar, quebram a continuidade de sua atividade.

Essa distinção no tocante ao rigor na verificação do elemento temporal da relação de emprego não restou alterada pela Emenda Constitucional n. 72 de 2013. Trata-se de uma distinção extraída do conceito legal de empregado doméstico e que, portanto, somente será alterado se a norma infraconstitucional que a consagrou for modificada. Reforma, aliás, que poderá representar uma alternativa interessante caso a catastrófica previsão de que o encarecimento do trabalho doméstico gerado pelas novas regras efetivamente provocou a cessação de grande número de contratos de emprego doméstico e o aumento na procura pelo serviço de diaristas. Isso porque se efetivamente a procura por diaristas aumentar, como vem sendo alardeado, ao ponto de causar impacto substancial nesse mercado de trabalho, será preciso aumentar o rigor na análise da existência de vínculo empregatício entre empregado doméstico e empregador doméstico. E a exigência de não eventualidade como elemento do contrato de trabalho ao invés de continuidade seguramente contribuirá para que se reduza o rigor hoje exigido para o reconhecimento do vínculo de emprego doméstico.

Em se tratando do elemento "pessoalidade", Maurício Godinho Delgado assevera que esta ganha destacada intensidade ao colocar a função doméstica no rol das que têm elevada fidúcia com respeito à figura do trabalhador. Enfatiza o autor que não se trata de uma fidúcia que envolva poderes de gestão ou de representação. Compreende uma fidúcia mais acentuada do que o padrão empregatício normal, em função da natureza dos serviços prestados, que são estritamente pessoais, e do local específico de sua prestação, que corresponde ao âmbito familiar doméstico.⁹

Nesse mesmo sentido, ensina Edilton Meireles:

[...] o trabalho doméstico, na maioria das vezes, constitui muito mais uma complexa relação humana do que uma simples relação jurídica. Por ser um serviço prestado no âmbito residencial, o doméstico acaba por gozar de uma íntima convivência com seu patrão e familiares; nesta relação, o elemento pessoalidade se ressalta na simpatia, confiança, na afinidade e, muitas vezes, na afetividade que se revela entre o prestador de serviço e os beneficiados deste.¹⁰

Outro elemento essencial da relação empregatícia doméstica é a subordinação jurídica. Ensina Maurício Godinho Delgado que esta deve ser vista sob um prisma objetivo, de forma a atuar sobre o modo de realização da prestação de serviços do empregado e não sobre a sua pessoa. Em razão disso, revela-se incorreta a visão subjetiva da subordinação, que faz com que a mesma recaia sobre a pessoa do trabalhador, colocando-o em estado de sujeição perante o empregador.¹¹

9 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 373.

10 MEIRELES, Edilton. Tema de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte: leditathi, 1997, p. 53.

11 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 303.

3. DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS ASSEGURADOS AOS DOMÉSTICOS

Quanto aos direitos sociais trabalhistas dos domésticos, observa-se que o parágrafo único do art. 7º excluía vários dos 34 (trinta e quatro) direitos sociais trabalhistas previstos no rol constitucional do art. 7º da Carta Magna à categoria do trabalhador doméstico. O texto constitucional não lhes assegurava, por exemplo, os direitos sociais mínimos e essenciais que regem toda e qualquer relação empregatícia: limitação à jornada de oito horas diárias e 44 semanais, horas extras, FGTS, adicional noturno e o salário-família.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, o trabalhador doméstico fazia jus somente aos seguintes direitos: a) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; b) irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; c) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; d) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos e o descanso remunerado em feriados; e) gozo de férias anuais remuneradas de 30 dias corridos com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (defende-se aqui, a aplicação de todo o capítulo de férias da CLT, em face da determinação contida no art. 2º do Decreto nº 71.885/73); f) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, em decorrência de nascimento de filho ou em virtude de obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança de até 8 (oito) anos de idade, bem como na ocorrência de aborto não criminoso, antes da 23ª semana de gestação, quando a licença será de duas semanas, conforme estabelece a IN nº 45/2010, do INSS; g) estabilidade provisória, que vai da confirmação da gravidez a até cinco meses após o parto; h) depósito facultativo de 8% do FGTS; i) três parcelas de seguro-desemprego no valor 1 (um) salário mínimo em caso de dispensa injusta; j) licença-paternidade de 5 (cinco) dias; l) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; m) vale-transporte decorrente das despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, nos moldes do art. 4º da Lei 7.418/65; n) benefícios previdenciários de auxílio-reclusão, salário maternidade, pensão por morte, auxílio doença, aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e por invalidez; o) integração à previdência social. Noutras palavras, dentre os 34 (trinta e quatro) direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da CF/88, o trabalhador doméstico fazia, segundo o texto constitucional, jus somente a 09 (nove), embora a legislação infraconstitucional houvesse ampliado um pouco o rol dos direitos que lhe são assegurados.

Visando corrigir essa distorção tramitava no Congresso Nacional, desde 2012, a proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2012, a chamada "PEC das Domésticas", a qual atribuía tratamento isonômico entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais por meio da ampliação de direitos trabalhistas até então não previstos para aquela categoria.

O Deputado Federal do PMDB Carlos Gomes Bezerra, autor da PEC 66/2012, ao expor os motivos desta ampliação de direito aos domésticos, estatui:

Sabemos que, seguramente, equalizar o tratamento jurídico entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores elevará os encargos sociais e trabalhistas. Todavia, o sistema hoje em vigor, que permite a existência de trabalhadores de segunda categoria, é uma verdadeira nódoa na Constituição democrática de 1988 e deve ser extinto, pois não há justificativa ética para que possamos conviver por mais tempo com essa iniquidade.¹²

E continua: "A limitação dos direitos dos empregados domésticos, permitida pelo já citado parágrafo único do art. 7º, é uma excrescência e deve ser extirpada."¹³

Em 26 de março de 2013, o Senado Federal aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda Constitucional nº 66 de 2012, a qual equipara, conforme visto, os direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos aos dos trabalhadores urbanos e rurais. No dia 2 de abril de 2013, foi finalmente promulgada a Emenda Constitucional nº 72 que veio alterar a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal de 1988, ampliando o rol de direitos assegurados ao empregado doméstico.

12 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=120984&tp=1>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

13 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=120984&tp=1>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

A CLT ainda continua não sendo aplicada aos trabalhadores domésticos em decorrência da disposição contida na alínea “a” de seu art. 7º¹⁴. A ampliação de direitos sociais trabalhistas advindos da Emenda Constitucional nº 72 de 2013 aos empregados domésticos é a oriunda do parágrafo único do art. 7º da Carta Magna de 1988 e não da CLT. Apesar disso, nada impede que certos direitos sociais previstos apenas no texto consolidado, sejam aplicados desde já, e independentemente de reforma legislativa, a esta categoria de trabalhadores. Essa será, aliás, uma forma interessante de assegurar efetividade ao desejo do legislador constitucional de corrigir a injustiça histórica sofrida pelas domésticas.

Como observa Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “o art. 7º, caput, da CF/88 reconhece a possibilidade de outros direitos que visem à melhoria da condição do trabalhador, devendo o parágrafo único deste mesmo dispositivo ser interpretado neste contexto”.¹⁵

Em sentido idêntico, tem-se a visão de Vólia Bomfim Cassar. De acordo com autora, para cumprir a ordem emanada do art. 5º, § 1º, da Carta Magna de 1988, que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais daquele capítulo, dentre os quais os direitos dos domésticos, o hermeneuta, ao analisar as normas infraconstitucionais que excluem o trabalhador doméstico de sua aplicação total, que regulam os novos direitos concedidos ao doméstico, deve empregar-lhes uma interpretação em conformidade com a Constituição para dar efetivação àqueles direitos ainda não regulamentados.¹⁶ Sob tal prisma, “o exegeta deve utilizar temporariamente as regras contidas na CLT (ou na lei ordinária que regula o direito), desde que compatíveis, para dar instrumentalidade àqueles direitos”.¹⁷

Ademais, apesar de a CLT não ser, em tese, aplicada à categoria dos trabalhadores domésticos, vale destacar que os direitos patrimoniais sociais concedidos para a melhoria da condição social do doméstico descritos no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal de 1988 são taxativos; mas que os incisos no art. 7º da Carta Magna não o são, por concederem direitos sem cunho patrimonial a todos os trabalhadores, independentemente, de se doméstico, urbano, rural ou avulso. Dessa maneira, aqueles comandos que não retratarem um direito patrimonial social – ao contrário, impingirem uma limitação, uma proibição ou um direito do patrão – são aplicáveis aos domésticos apesar de não explicitados no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal de 1988.¹⁸

Do mesmo modo, seguem-se, aqui, também, os pensamentos de Gustavo Filipe Barbosa Garcia e de Vólia Bomfim Cassar. Essa ampliação de direitos advinda da Constituição Federal de 1988 compreende um grande avanço histórico-social que veio eliminar o tratamento “discriminatório” e desigual que a legislação brasileira conferia aos trabalhadores domésticos. Não fazia sentido, por exemplo, que, em plena fase de constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas, o doméstico continuasse a exercer o seu labor sem a estipulação de uma jornada mínima de trabalho.

Quanto a este novo constitucionalismo social brasileiro, pautado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), asseveram Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado que a nova ordem constitucional de 1988 introduziu um Estado Democrático de Direito, tendo-se como base a “pessoa humana, com dignidade; sociedade política, concebida como democrática e incluyente; sociedade civil, também concebida como democrática e incluyente”.¹⁹

Sem que reste qualquer dúvida, a desigualdade havida até então – antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 72 de 2013 – atinente ao trabalho doméstico no Brasil – originou-se das marcas

14 Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:a) Aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

15 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 236.

16 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 349.

17 Ibid., p. 349. Pondera a autora, contudo, que essa técnica de interpretação deve ser cuidadosa e encontrar limites nos postulados da razoabilidade, tendo em vista que os efeitos conexos, numa interpretação muito extensiva, podem importar em abuso e desviar a finalidade constitucional. Em razão disso, não é toda a CLT aplicável ao doméstico, mas apenas a parte necessária para cumprir o comando constitucional.

18 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 351.

19 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 46.

deixadas pelo modo de produção escravista e colonial existente no País por cerca de quatrocentos anos às instituições políticas brasileiras.

Com a nova Emenda Constitucional n° 72, os seguintes direitos foram atribuídos expressamente, e de forma imediata, aos trabalhadores domésticos:

- a) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, inc. VII);
- b) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (art. 7º, inc. X);
- c) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art.7º. inc. XIII);
- d) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7º, inc. XVI);
- e) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art.7º, inc. XXII);
- f) reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inc. XXVI);
- g) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, inc. XXX);
- h) proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, inc. XXX);
- i) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 7º, inc. XXXI).

Além destes, destacam-se, ainda, os direitos que ainda dependem de regulamentação futura para que possam ser aplicados a esta categoria, são eles:

- a) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, inc. I);
- b) seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, inc. II);
- c) fundo de garantia do tempo de serviço (art. 7º, inc. III);
- d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º, inc. IX);
- e) salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (art. 7º, inc. XII);
- f) assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, inc. XXV);
- g) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, inc. XXVIII).

Vê-se, assim, que fica dependendo de regulamentação específica e, por conseguinte, de aplicação, 07 (sete) dos novos 16 (dezesseis) direitos que foram atribuídos aos trabalhados domésticos.

Passar-se-á a partir deste ponto, a se analisarem alguns dos direitos conferidos aos trabalhadores domésticos após a promulgação da Emenda Constitucional n° 72 de 2013.

3.1. JORNADA DE TRABALHO

Dentre os novos direitos atribuídos aos trabalhadores domésticos aquele que seguramente gerou mais celeuma foi a limitação da jornada de trabalho em 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais e o consequente direito ao controle da jornada de trabalho e ao pagamento do excedente com o adicional de, no mínimo, 50% sobre o valor da hora de trabalho.

Seguindo-se, aqui, a mesma regra aplicável ao trabalhador urbano, a quem os domésticos agora restaram equiparados, eventual acordo entre empregador e empregado para compensação da duração do trabalho somente será lícito se for por escrito e se a compensação for feita dentro da própria semana, cuja duração do trabalho não poderá superar 44 horas. Banco de horas, contudo, somente será

admissível se a previsão houver sido acordada coletivamente com o sindicato da categoria²⁰.

Quanto ao controle da jornada de trabalho do empregado, a emenda constitucional gerou grande controvérsia. Nas primeiras discussões verbais sobre o tema houve quem defendesse que o controle de ponto será necessário independentemente do número de empregados no estabelecimento, pois a regra esculpida no § 2º, do art. 74 da CLT²¹ não é aplicável aos domésticos por força do estatuído no artigo 7º, “a” da CLT e quem, pela mesmíssima razão, defendesse exatamente o contrário, ou seja, que o controle de ponto não será obrigatório até que venha uma norma específica regulamentar a questão para os domésticos.

Aplicando-se a aludida regra para os domésticos, somente quem empregue mais de 10 (dez) empregados em sua residência, hipótese de difícil verificação na prática, será obrigado a registrar o controle da jornada de trabalho do trabalhador doméstico. E o número de empregadores domésticos que dispõe de mais de dez empregados domésticos prestando-lhe serviços é seguramente bastante diminuto.

A única forma, portanto, de assegurar alguma efetividade ao novo preceito constitucional, cuja eficácia é imediata, é exigindo que o empregador doméstico controle a jornada de seu empregado doméstico, independentemente do número de pessoas que estejam lhe prestando serviços. Alguns edifícios residências possuem mecanismos que possibilitam esse controle na própria portaria prestando-se o horário de ingresso e de saída dos domésticos para esse fim. Não se verificando a hipóteses, aludido controle poderá ser realizado pelo empregador de forma manual – como o livro ou a folha de ponto ou o quadro de horário, no qual o trabalhador doméstico registra diariamente o início e o término de seu trabalho – ou também de forma mecânica ou eletrônica, que pode ocorrer por meio de cartão ou relógio de ponto.

Insta destacar que a forma de controle da jornada de trabalho desenvolvida pelo trabalhador doméstico também será possível por meio de câmeras audiovisuais que poderão ser instaladas nos interiores da residência da família para fins de verificação do horário de entrada e de saída destes trabalhadores.

A mesma lógica não se aplica ao adicional noturno dado que a Emenda Constitucional nº 72 de 2013 condicionou a sua exigibilidade à regulamentação futura. É provável, e de certa forma esperado, que a norma futura estatua que o trabalho doméstico prestado a partir das 22 horas de um dia até as 5 horas do dia seguinte sofra a incidência do adicional noturno de 20% sobre essas horas trabalhadas.

Em se tratando de trabalhador doméstico que vive ou que dorme no local de trabalho, este fato, por si só, não caracteriza que este empregado esteja o tempo todo à disposição de seu empregador. Após o cumprimento de sua jornada de trabalho, o trabalhador doméstico passa a ter tempo livre,

20 SÚMULA-85 COMPENSAÇÃO DE JORNADA

- I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.
- II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.
- III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.
- IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.
- V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

21 Art. 74. O horário de trabalho constará do quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

[...]

§ 2º – 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.

que corresponde ao seu tempo de descanso e de lazer. O tempo livre é aquele não produtivo, em que outros aspectos da vida humana como os encontros sociais, os cuidados com a família, os estudos e os momentos de lazer deverão ser levados em consideração para fins de descanso, de lazer e de recuperação de suas energias físicas e mentais. Se tal tempo não for respeitado, e o empregador exigir trabalho extraordinário, o empregado doméstico fará jus às horas extras, conforme preceitua o art. 7º, incs. XIII e XVI da nova Emenda Constitucional nº 72 de 2013. Poderá, eventualmente, caracterizar regime de prontidão, como oportunamente se demonstrará.

Sob este aspecto, o trabalhador doméstico também faz jus ao intervalo intrajornada, nos moldes do art. 71 e seguintes da CLT:

Art. 71. Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo coletivo ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de duas horas.

§ 1º - Não excedendo de seis horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de quinze minutos quando a duração ultrapassar quatro horas.

Por consequência, o início e o término do intervalo intrajornada do trabalhador doméstico, que é o destinado a descanso para repouso e para alimentação, também deverá ser registrado, caso contrário, restará configurado o pagamento de horas extras, na forma do art. 71, § 4º, da CLT, que assim estatui:

Art. 71. [...]

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

No mesmo sentido, também há de ser respeitado o intervalo interjornada, previsto no art. 66 da CLT: “Entre duas jornadas de trabalho haverá em período mínimo de onze horas consecutivas para descanso”.

Não respeitado esse intervalo, deverá o período suprimido ser pago como horas extras, independentemente de já haver pagamento de adicional pela simples sobrejornada.

3.2 HORAS DE PRONTIDÃO

Em se tratando de empregado doméstico que tenha que dormir no emprego, para, em uma eventualidade, atender às necessidades do serviço – como no caso da enfermeira, da babá e dos cuidadores de idosos – a questão torna-se bastante delicada, pois poderá, conforme o caso, configurar hipótese de prontidão. Se o empregado for se recolher em suas dependências sob o alerta de que seus serviços poderão ser requisitados a qualquer instante, fará jus ao adicional de 2/3 sobre o valor da hora normal, conforme estatui o art. 244, § 3º, da CLT:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

[...]

§ 3º - Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da Estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal.

Em que pese tais horas de prontidão serem aplicadas à categoria dos ferroviários, é possível a sua aplicação de forma analógica à relação empregatícia doméstica, com base no art. 8º da CLT, de modo que o trabalhador doméstico faça jus ao respectivo adicional relativo às horas de prontidão, veja-se:

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.

Caso, no entanto o doméstico se recolha sem o alerta de que seus serviços poderão, a qualquer momento ser requisitados durante a noite, cientificado previamente acerca da possibilidade de desfrutar livremente de seu período de descanso, não haverá que se falar em regime de prontidão e nada será devido a este título. Não é razoável considerar que o simples fato de o empregado doméstico dormir na residência do empregador seja suficiente para caracterizar o regime de prontidão ora estudado, mas também não se deve privá-lo do direito ao pagamento adicional quando o seu sono for marcado pelo estado de alerta que o possível chamado lhe impõe.

Podemos exemplificar com a hipótese da babá que dorme na residência de seus empregadores domésticos. Se após o término da jornada ela puder ficar em seus aposentos, estudando, lendo ou realizando qualquer atividade que desejar, sem que seus serviços possam ser solicitados, ficando, por exemplo, com os empregadores o aparelho eletrônico que acompanha o choro do bebê ou monitora suas imagens, não haverá falar em regime de prontidão. Se, no entanto, for ela a responsável por acompanhar por imagens o descanso do bebê, ou pelo som o seu choro, caracterizado estará o regime de prontidão.

Sempre que o empregador “exigir” que o empregado doméstico durma em sua residência, como no caso de essa situação ser condição para a sua contratação, deve-se presumir o regime de prontidão que poderá, contudo, ser afastado por prova em contrário, cabendo ao tomador dos serviços se resguardar nesse sentido. Quando, contudo, essa permanência for acordada com o empregado também no interesse dele, como, por exemplo, quando para ele for interessante dormir no emprego para frequentar escola que fica perto de sua residência, a presunção será de que o intervalo interjornadas é sempre fruído livremente.

3.3 FGTS E SEGURO DESEMPREGO

Quanto aos recolhimentos devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a Lei possibilita ao empregador, por iniciativa própria, a inclusão do empregado doméstico ao sistema do FGTS, e, uma vez iniciado, o seu recolhimento torna-se irretroatável. O sistema atual, portanto, é o da inclusão facultativa. Tendo, então, o empregador optado por incluir seu empregado no regime do FGTS aquele não poderá voltar atrás suspendendo o recolhimento dos depósitos deste.

Ressalte-se que a Lei 5.889/72 ainda determina que a concessão do seguro-desemprego esteja condicionada à inclusão do empregado doméstico ao FGTS, conforme dispõe o § 1º do seu art. 6º-A, veja-se:

Art.6º-A. O empregado doméstico que for dispensado sem justa causa fará jus ao benefício do seguro-desemprego, de que trata a Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, no valor de um salário-mínimo, por um período máximo de 3 (três) meses, de forma contínua ou alternada.

§ 1º - O benefício será concedido ao empregado inscrito no FGTS que tiver trabalhado como doméstico por um período mínimo de 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses contados da dispensa sem justa causa.

Com a ampliação de direitos em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional n° 72 de 2013, o FGTS ainda depende de regulamentação futura para que o seu pagamento seja considerado obrigatório ao trabalhador doméstico. Sendo assim, além do pagamento do salário, o empregador terá que calcular

mais 8% que irão incidir sobre o FGTS deste trabalhador. Trata-se, portanto, de uma importante inovação advinda da Emenda Constitucional n° 72 de 2013, tendo-se em vista que a dispensa sem justa causa do empregado doméstico irá acarretar ao empregador a obrigação de pagar a indenização correspondente a 40% sobre o montante do que está depositado em seu FGTS. Lembre-se, a bom tempo, que o rompimento do contrato de trabalho sem justa causa deste trabalhador também lhe dará o direito, além de à indenização de 40%, ao saque relativo ao depósito efetuado pelo empregador, mensalmente, em seu FGTS.

A inclusão obrigatória dos empregados domésticos no sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste, nos dizeres de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em

[...] uma forma de concretizar o mandamento constitucional de melhoria das condições sociais dos referidos empregados (art. 7º, caput, da CF/88), em consonância, ainda, com os ditames da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, incisos III e IV, e 3º, incisos I, III, IV, da CF/1988).²²

3.4 SALÁRIO FAMÍLIA

No Direito Previdenciário brasileiro, o salário-família é um benefício pago, mensalmente, pelo regime geral de Previdência Social ao trabalhador de baixa renda, filiado na condição de segurado empregado ou de trabalhador avulso. Favorece também aos aposentados de baixa renda para ajudar na manutenção dos seus dependentes.

Segundo Sérgio Pinto Martins: “embora o valor seja pequeno, pode ajudar o segurado na compra de alimentos [...]”.²³

O direito à cota do salário-família é definido em razão da remuneração que é devida ao empregado no mês e independe do número de dias efetivamente trabalhados. O benefício é pago mensalmente em cotas por filho, ou equiparado de qualquer condição, até 14 (quatorze) anos de idade ou inválido de qualquer idade.

A Emenda Constitucional n° 20/98 estabelece que o salário-família é pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei. Assim, a renda mensal do benefício corresponde a tantas cotas quanto seja o número de filhos ou equiparados de até 14 (quatorze) anos ou inválidos. Além disso, o valor da cota do salário-família por filho ou equiparado está vinculado à remuneração mensal percebida pelo segurado de baixa renda. Essa remuneração mensal deve ser fixa para que o trabalhador possa receber o benefício.

Atualmente, os valores da cota do salário-família por filho ou equiparado foram estipulados pela Portaria MPS/MF n° 15/2013 e são reajustados pelos mesmos índices e na mesma data em que são reajustados os benefícios do regime geral de previdência social. Dessa forma, têm-se os seguintes valores:

- a) R\$ 33,16 para remuneração mensal não superior a R\$ 646,55;
- b) R\$ 23,36 para remuneração mensal superior a R\$ 646,55 e igual ou inferior a R\$ 971,78.

Além da comprovação da renda bruta mensal do segurado empregado, a legislação previdenciária também destaca que o salário-família somente será pago a partir da data da apresentação da Certidão de Nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até 06 (seis) anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, desde os 07 (sete) até os 14 (quatorze) anos de idade.

A comprovação de frequência escolar será feita mediante apresentação de documento emitido pela escola em nome do aluno. Deve constar o registro de frequência regular ou atestado do estabelecimento de ensino, comprovando a regularidade da matrícula e a frequência escolar do aluno. Se o segurado

22 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237.

23 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

não apresentar o atestado de vacinação obrigatória e a comprovação de frequência escolar do filho ou equiparado, nas datas definidas pelo INSS, o benefício do salário-família será suspenso até que a documentação seja apresentada.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 72 de 2013, o empregado doméstico passou a ter direito ao salário-família. Este direito, contudo, ainda depende de regulamentação a fim de ser aplicado na prática. Trata-se, ainda assim, de uma medida legislativa louvável, tendo em vista, conforme Giuliano Mazzoni, que:

A seguridade social é um princípio ético-social não redutível a um sistema com exclusão de outros: existem, com efeito, outros sistemas de seguridade social, mas o escopo mínimo da seguridade social é a libertação do homem da indigência e da miséria. Tal objetivo concretiza o princípio inscrito no artigo 22 da Declaração dos Direitos do Homem, isto é, do direito de cada indivíduo, na qualidade de membro da sociedade, à proteção da seguridade social.²⁴

Por considerações derradeiras, destaca-se que o salário-família se configura como um instituto jurídico de importância ímpar para a Previdência Social, pois que o mesmo expressa a busca por uma redistribuição mais equitativa de riqueza, visto que representa instrumento de justiça social capaz de proporcionar maior poder aquisitivo àqueles os quais, não obstante a sua força de trabalho, possuem menos recursos financeiros. De tal sorte, o salário-família atua com vistas ao fortalecimento da dignidade da pessoa humana, bem como à promoção do bem-estar e da justiça social.

A família representa o núcleo essencial de garantias fundamentais do ser humano, porque constitui o alicerce na formação do homem e dos valores em uma sociedade. Neste enleio, os termos "família" e "direitos humanos" estão intrinsecamente relacionados, na medida em que visam a alcançar a plenitude dos direitos do homem.²⁵ Resta, pois, nada mais do que justo estabelecer o pagamento do salário-família à categoria dos trabalhadores domésticos.

4. PROPOSTAS PARA REDUZIR O IMPACTO DAS NOVAS REGRAS ORA DEBATIDAS NO CONGRESSO NACIONAL

Diversas propostas vêm sendo discutidas para minorar os efeitos econômicos das novas regras. Há um grande e justificável receio de que o encarecimento do trabalho doméstico provocado pelas novas regras tenha significativo impacto no mercado de trabalho inibindo a contratação de trabalhadores domésticos e aumentando a opção pela contratação de diaristas. Analisar-se-á a seguir as principais propostas e discussões:

4.1 Supersimples

Diante da controvérsia gerada pelo expressivo aumento nos custos da contratação do trabalho doméstico, o Congresso Nacional já discute, com o aval do Poder Executivo, a criação de um regime de unificação da cobrança da contribuição previdenciária e da devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), para facilitar a vida dos empregadores domésticos.

O modelo discutido nesse momento prevê que cada empregador cadastre seu nome e o de seu empregado em sítio da rede mundial de computadores a ser definido posteriormente e insira o valor da remuneração. O serviço eletrônico desenvolverá imediata e gratuitamente o valor a ser pago pelo patrão com INSS e FGTS funcionando como uma calculadora ou planilha digital. A ideia em um primeiro momento não é de redução de custos com encargos sociais, mas de facilitação dos cálculos para os empregadores. Também se fala em incluir no mesmo boleto de pagamento, além do INSS e do FGTS, o seguro por acidente de trabalho, que varia de 1% a 3%.²⁶

24 MAZZONI, Giuliano. Existe um conceito jurídico de seguridade social? São Paulo. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, 1981, p. 39.

25 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O salário família e a proteção social ao trabalhador. São Paulo. Revista de Previdência Social, v. XXXIII, São Paulo: LTr, 2009, p. 930.

26 GUERREIRO, Gabriela. Governo dá aval a "supersimples" para domésticos. Folha de São Paulo: quarta-feira, 10 de abril de 2013, B1.

Nada impede que se implemente um regime de tributação simplificada também para reduzir os encargos suportados pelo empregador, como por exemplo, o valor da parcela patronal da contribuição para o INSS, que no caso das domésticas já é menor do que o dos demais trabalhadores urbanos. Essa medida poderá ser provisória, valendo apenas num primeiro momento, para minorar os efeitos econômicos da Emenda Constitucional n. 72. Poderá também ser definitiva se restar comprovado que a simplificação do pagamento com discreta redução dos encargos não afetará o Regime Geral de Previdência Social.

4.2 Multa sobre o FGTS em caso de dispensa sem justa causa

Também se discute o valor que deverá incidir sobre os depósitos feitos ao FGTS em caso de dispensa sem justa causa. Há quem defenda que ela deverá ser reduzida para até 10% para os empregados domésticos.

Segundo vem sendo noticiado, os representantes do governo não concordam com a proposta de redução da multa de 40% para os casos de demissão de domésticos sem justa causa²⁷. A discordância é plenamente justificada. Reduzir o valor da multa para os domésticos manteria a ideia da legislação anterior de que os domésticos são trabalhadores de segunda categoria, o que seria uma inadmissível forma de anular os efeitos positivos que poderiam advir das novas regras.

5. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

A ampliação dos direitos das trabalhadoras domésticas e o conseqüente encarecimento desse tipo de contratação em nada alteram a penhorabilidade do bem de família para pagamento do crédito resultante, previsto na Lei 8.009/90. É bem verdade que essa regra foi constituída como uma espécie de compensação aos domésticos pela privação de tantos outros direitos. Isso não nos permite, contudo, concluir que a mudança no regime dos domésticos provoque automaticamente a anulação da aludida regra.

O aumento nos direitos dos empregados domésticos provocará um natural aumento nos pedidos de penhora de bens de família. Aumentará a necessidade de bom senso dos empregadores na análise dessas questões, mas até que venha uma modificação na Lei 8.009/90, nada mudará quanto a penhorabilidade do bem de família.

6. SINDICALIZAÇÃO DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS

Durante muito tempo se questionou doutrinariamente o direito das domésticas à sindicalização e, sobretudo, à elaboração de acordos e normas coletivas. Os sindicatos de empregados domésticos criados, embora formalmente registrados e instituídos, não eram reconhecidos porque a categoria patronal correspondente não exerce atividade econômica e o modelo de sindicalização brasileiro é instituído a partir da categoria econômica do empregador. Essa conclusão era extraída da literalidade do artigo 511, §§ 1º e 2º da CLT que estatuem, respectivamente, que “a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica” e que “A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional”.

Ao se assegurar ao empregado doméstico o direito “ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inc. XXVI)”, a Emenda Constitucional n. 72 encerrou qualquer discussão remanescente acerca da possibilidade de sindicalização dos empregados domésticos e de seu direito a negociação coletiva e a regulamentação por norma coletiva. Qualquer interpretação do artigo 511 de forma a restringir esse direito é doravante incompatível com o novo texto constitucional e, portanto, inaceitável.

27 Idem.

7. OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

A Emenda Constitucional n. 72 representou um importante avanço no sentido de finalmente acabar com a injustificável discriminação entre empregados domésticos e outras formas de empregados urbanos. O fato de o projeto de Emenda haver sido aprovado em curto espaço de tempo não significa que o tenha sido de forma prematura. Muito pelo contrário. A evolução cultural que será impulsionada por seus dizeres demorou injustificadamente para acontecer. Possivelmente porque a elite brasileira, composta em sua esmagadora maioria por empregadores domésticos, recusava-se a reconhecer a necessidade de se conferir aos seus empregados os mesmos direitos assegurados a todos os demais.

As críticas dirigidas à Emenda Constitucional n. 72 não são pertinentes. O custo que será gerado para os empregadores domésticos pelas novas regras está contido no preço natural a ser pago para que se viva numa República que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. O impacto econômico das políticas trabalhistas não pode ser utilizado eternamente como óbice para a implementação de direitos humanos e correção de injustiças históricas. Melhor que seja nesse momento histórico em que o Brasil, sempre envolto a tantas crises econômicas, ainda respira ares de bonanza.

A CLT ainda continua não sendo aplicada aos trabalhadores domésticos em decorrência da disposição contida na alínea "a" de seu art. 7º²⁸. A ampliação de direitos sociais trabalhistas advindos da Emenda Constitucional n.º 72 de 2013 aos empregados domésticos é a oriunda do parágrafo único do art. 7º da Carta Magna de 1988 e não da CLT. Apesar disso, nada impede que certos direitos sociais previstos apenas no texto consolidado, sejam aplicados desde já, e independentemente de reforma legislativa, a esta categoria de trabalhadores. Sobretudo quando essa aplicação analógica for indispensável para a efetivação de preceito que o legislador expressamente determinou ter eficácia imediata, manifestando desejo de corrigir o quanto antes a injustiça histórica sofrida pelas domésticas.

O artigo 7º, parágrafo único da Constituição, em sua redação originária, assegurava apenas 9 (nove) dos 34 (trinta e quatro) direitos sociais trabalhistas previstos no rol constitucional do art. 7º da Carta Magna à categoria do trabalhador doméstico. Com a Emenda Constitucional n. 72 esse número aumentou para 25 (vinte e cinco). Mas 07 (sete) dos novos 16 (dezesesseis) direitos que foram atribuídos aos trabalhadores domésticos ficam dependendo de regulamentação específica não sendo, portanto, normas de eficácia imediata.

Quanto ao controle da jornada de trabalho do empregado, a emenda constitucional gerou grande controvérsia. Nas primeiras discussões verbais sobre o tema houve quem defendesse que o controle de ponto será necessário independentemente do número de empregados no estabelecimento, por não ser a regra esculpida no § 2º, do art. 74 da CLT²⁹ aplicável aos domésticos (inteligência do artigo 7º, "a" da CLT) e quem, pela mesmíssima razão, defendesse exatamente o contrário, ou seja, que o controle de ponto não será obrigatório até que venha uma norma específica regulamentar a questão para os domésticos.

Aplicando-se a aludida regra para os domésticos, somente quem empregue mais de 10 (dez) empregados em sua residência, hipótese de difícil verificação na prática, será obrigado a registrar o controle da jornada de trabalho do trabalhador doméstico. A única forma, portanto, de assegurar alguma efetividade ao novo preceito constitucional, cuja eficácia é imediata, é exigindo que o empregador doméstico controle

28 Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:a) Aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

29 Art. 74. O horário de trabalho constará do quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

[...]

§ 2º - 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.

a jornada de seus empregado doméstico, independentemente do número de pessoas que estejam lhe prestando serviços.

O trabalhador doméstico também faz jus ao intervalo intrajornada e ao intervalo interjornadas. O adicional noturno restou expressamente condicionado à regulamentação futura.

Em se tratando de empregado doméstico que tenha que dormir no emprego, para, em uma eventualidade, atender às necessidades do serviço o empregado fará jus ao adicional de 2/3 sobre o valor da hora normal se for se recolher em suas dependências sob o alerta de que seus serviços poderão ser requisitados a qualquer instante. Caso, no entanto o doméstico se recolha sem o alerta de que seus serviços poderão, a qualquer momento, ser requisitados durante a noite, não haverá que se falar em regime de prontidão e nada será devido a este título. Não é razoável considerar que o simples fato de o empregado doméstico dormir na residência do empregador seja suficiente para caracterizar o regime de prontidão ora estudado, mas também não se deve privá-lo do direito ao pagamento adicional quando o seu sono for marcado pelo estado de alerta que o possível chamado lhe impõe. Essa conclusão também é necessária para se garantir a esperada eficácia aos novos preceitos constitucionais.

O FGTS ainda depende de regulamentação futura para que o seu pagamento seja considerado obrigatório ao trabalhador doméstico. Até a efetiva regulamentação do aludido direito ele permanece facultativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O salário família e a proteção social ao trabalhador**. São Paulo. Revista de Previdência Social, v. XXXIII, São Paulo: LTr, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CINTRA, Marcos. **Trabalho doméstico em debate**. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/economia/97980>. Acesso em 12 de abril de 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GUERREIRO, Gabriela. **Governo dá aval a "supersimples" para domésticos**. Folha de São Paulo: quarta-feira, 10 de abril de 2013, B1.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MAZZONI, Giuliano. **Existe um conceito jurídico de seguridade social?** São Paulo. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, 1981.
- MEIRELES, Edilton. **Tema de direito e processo do trabalho**. Belo Horizonte: Ieditathi, 1997.
- PASTORE, José. **Domésticas – o que faltou dizer**. O Estado de S. Paulo, terça-feira, 9 de abril de 2013, p. B2
- STRECK, Lênio Luiz. **A PEC das Domésticas e a saudade dos "bons tempos"**. Consultor jurídico 11 de abril de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saudade-bons-tempos>>. Acesso em 12 de abril de 2013.

PROCESSO N° TST-RR-53100-33.2005.5.05.0161

Desembargadora Convocada Relatora
**MARIA DAS GRAÇAS SILVANY
 DOURADO LARANJEIRA**

ACÓRDÃO
 (2ª Turma)
 Recurso de Revista TST
 n° 53100-33.2005.5.05.0161

I – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – TEMAS REMANESCENTES SOBRESTADOS – CORREÇÃO MONETÁRIA. Não há violação do art. 39 da Lei n° 8.177/91, pois o Tribunal Regional já determinou a aplicação dos índices previstos no referido dispositivo, razão pela qual falta interesse recursal do recorrente.

No tocante ao momento em que devem ser aplicados os índices de correção monetária, o Tribunal Regional decidiu em consonância com a Súmula n° 381 do TST. **Recurso de revista de que não se conhece. IMPOSTO DE RENDA – BASE DE CÁLCULO – JUROS DE MORA.** O Órgão Especial desta e. Corte Superior, em sessão de julgamento realizada em 10/8/2009, ao apreciar o processo TST-ROAG-2.110/1985.4, decidiu que os juros, de maneira geral, não são tributáveis, ou seja, não servem à incidência do imposto de renda. Tal entendimento decorreu da adoção da interpretação que o e. STJ vem conferindo ao artigo 404 do CCB de 2002, que dispõe serem os juros de mora considerados perdas e danos, tratando-se, pois, de parcela indenizatória, não incidindo mais sobre eles o imposto de renda. Ademais, o parágrafo único do artigo 404 do CCB/2002 é inovatório e enfatiza essa natureza indenizatória dos juros de mora, que se destinam a cobrir prejuízo e, se não houver a pena convencional, o juiz poderá suprir essa falta com uma indenização correspondente. Nesse contexto, a interpretação que se deve conferir ao artigo 46, § 1º, I, da Lei 8.541/92 é a de que a exclusão a que se refere o dispositivo abrange os juros de mora. Essa interpretação consolidou-se na jurisprudência desta Corte, conforme Orientação Jurisprudencial n° 400 da SBDI-1/TST. **Recurso de revista conhecido e provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** O deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, em consequência de relação de emprego, não decorre simplesmente da sucumbência, pois exige a concomitância de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência sindical. No caso concreto, não foi atendido o requisito da assistência sindical, de forma que a decisão do Tribunal Regional está em consonância com as Súmulas n°s 219 e 329 do TST e OJ n° 305 da SBDI-1 do TST. **Recurso de revista de que não se conhece.**

II – RECURSO DE REVISTA SOBRESTADO DA FUNDAÇÃO PETROS – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Esta Corte Superior havia pacificado o entendimento acerca de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsia relativa à complementação de aposentadoria quando a fonte da obrigação é o contrato de trabalho. No entanto, a Suprema Corte adotou novo posicionamento, no julgamento do RE 586453, da lavra da Ministra Ellen Gracie, analisando o disposto nos arts. 114 e 202, § 2º, da Constituição

Federal, reconheceu a competência da Justiça Comum para examinar os processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada (complementação de aposentadoria privada), ao fundamento de inexistir relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência complementar. Ficou registrado, ainda, na decisão proferida pelo STF, que devem permanecer, na Justiça do Trabalho, todos os processos em que já tiveram sentença de mérito. No caso dos autos, já houve decisão de mérito acerca da matéria, razão pela qual persiste a competência desta Justiça Especializada. Logo, incólumes os dispositivos indicados. **Recurso de revista de que não se conhece. CORREÇÃO MONETÁRIA – ÍNDICE APLICÁVEL.** O Tribunal Regional, ao aplicar o índice de correção monetária previsto no art. 39 da Lei nº 8.177/91, não violou o referido dispositivo, mas, ao contrário, deu plena aplicação ao seu teor, pois, em que pese se tratar de diferenças de complementação de aposentadoria, não é uma obrigação autônoma, porque decorrente do contrato de trabalho celebrado com a patrocinadora Petrobras. Além disso, não se constata a alegada contrariedade à Súmula nº 311 desta Corte, uma vez que o referido enunciado não retrata o mesmo tema dos autos, pois o caso não é de benefício pago a dependente de ex-empregado, mas sim de complementação de aposentadoria paga aos próprios ex-empregados aposentados. **Recurso de revista de que não se conhece.**

III – RECURSO DE REVISTA SOBRESTADO DA PETROBRÁS E FUNDAÇÃO PETROS – MATÉRIA COMUM – ANÁLISE CONJUNTA – DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – AVANÇO DE NÍVEL - EXTENSÃO AOS INATIVOS.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que a concessão de avanço de nível salarial, indistintamente a todos os empregados da ativa, estende-se à complementação de aposentadoria dos inativos, a fim de preservar a paridade assegurada no art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Petrobras de Seguridade Social - Petros (Orientação Jurisprudencial Transitória nº 62 da SBDI-1 desta Corte). Incólume o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. **Recurso de revista de que não se conhece.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-53100-33.2005.5.05.0161**, em que são Recorrentes **FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL - PETROS, PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS e ALTINO MOREIRA DE MENEZES E OUTROS** e Recorridos **OS MESMOS**. O egrégio Tribunal Regional do Trabalho, mediante o v. acórdão de fls. 2204-2222, complementado às fls. 2404-2408, negou parcial provimento aos recursos ordinários das reclamadas e do reclamante. As partes interpõem recursos de revista requerendo a reforma do v. acórdão regional (fls. 2420-2460; 2530-2572 e 2574-2602).

Os recursos de revista foram admitidos pela decisão de fls. 2610-2618.

Contrarrazões do reclamante às fls. 2622-2696 e da Petrobras às fls. 2826-2838.

A Segunda Turma desta Corte deu provimento ao recurso de revista do reclamante quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, para anular o v. acórdão regional proferido em sede de embargos de declaração apenas quanto ao tema litispendência e determinar o retorno dos autos ao

Tribunal Regional para que apreciasse, como entendesse de direito, as razões insertas nos embargos de declaração quanto ao tópico. Sobrestou o exame dos demais temas do recurso e os recursos de revista interpostos pelas reclamadas, para análise após os esclarecimentos prestados pela Corte Regional.

Proferido novo acórdão dos embargos de declaração, às fls. 2906-2908, voltam os autos a esta Corte para exame dos recursos de revista sobrestados das reclamadas e demais temas do recurso de revista do reclamante, cujo exame ficou sobrestado.

As reclamadas ratificaram as razões dos recursos de revista, às fls. 2922-2972 e 2982.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

VOTO

I – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE (MATÉRIAS REMANESCENTES SOBRESTADAS)

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes à tempestividade e regularidade de representação, passa-se à análise dos intrínsecos do recurso.

1.1 CORREÇÃO MONETÁRIA

Eis os termos do v. acórdão regional:

“A pretensão das Reclamadas é que a atualização monetária se dê com base na Lei 6.899/81.

Razão não lhes assiste. A Lei 6.899/81 foi regulamentada pelo Decreto nº 86.649/81 que elegeu como índice de correção a ORTN, substituída pela OTN e, posteriormente, pela BTN, finalmente, extinta pela Lei 8.177/91. Observe-se, porém, que desde o advento da Lei 7.738/89, a atualização dos débitos trabalhistas passou a utilizar os mesmos índices aplicados nos depósitos feitos em caderneta de poupança, (art. 6º, inc. V). Por outro lado a Lei 8.177/91, estabelecendo regras para a desindexação da economia, assim disciplinou:

Art. 39 - Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§1º - Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no “caput”, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados “pro rata die”, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

Vale registrar que a orientação tratada no Enunciado 311/TST encontra-se superada, em face do advento da Lei 8.177/91, posterior à sua edição, e que trata da atualização monetária dos débitos trabalhistas, sem distinção da sua natureza jurídica, como reza o art. 39, caput, acima transcrito.

Ora, não há como aplicar a Lei 6.899/81 a débito nascido no ano 2004, quando já extintos os índices de atualização monetária nela previstos desde o ano de 1991. Portanto, no caso vertente, aplicar-se-ão os índices de correção monetária constantes das Tabelas emitidas por este Regional.

NEGO PROVIMENTO” (fls. 2215-2216)

(...)

“DA CORREÇÃO MONETÁRIA

O juiz de primeiro grau determinou a aplicação do Enunciado 381/TST. Contra esta decisão se insurgem os reclamantes. Diz que a Súmula só é aplicável às parcelas salariais e pagas no

curso do contrato de trabalho. Aduz que sendo o pleito de suplementação de aposentadoria – de natureza diversa, não podem ser corrigidos os valores da mesma forma que os salários. Sem razão. Este Regional tem adotado a aplicação do Enunciado 381/TST a todos os créditos resultantes de sentença judicial trabalhista, independentemente da natureza jurídica da parcela. Assim, mantenho a decisão que determinou a aplicação de índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação de serviço.

No tocante as alegações de que, na exordial, não pleitearam a aplicação do Decreto-Lei 75/66, que teria motivado a edição do Enunciado 311/TST, de que não cabe a aplicação da Lei 6.899/81, pois extinta a OTN a partir de janeiro/89, tais alegações não guardam pertinência com a decisão de piso. Na mesma não houve determinação para que se aplicasse o Enunciado 311/TST, não comportando manifestação deste Juízo 'ad quem', acerca da questão." (fl. 2220)

No acórdão em se julgaram os embargos de declaração do reclamante, foram expendidos os seguintes fundamentos:

"(...) O outro ponto atacado nos embargos está relacionado com a correção monetária. Asseveram os Embargantes que houve contradição no julgado, quando apreciando o recurso ordinário interposto pelos autores, afastou a aplicação da correção monetária com base no Enunciado 311/TST e na Lei 6.899/81 e ao apreciarem os recursos trazidos pelas reclamadas, determinou a observância da Súmula n° 381/TST.

Inexiste qualquer contradição no julgado no tocante a aplicação da correção monetária. O Enunciado 311/TST expressa entendimento no sentido de se aplicar os índices de atualização monetária previstos na Lei 6.899/81, sendo que a Súmula 381/TST retrata o momento em que deve ser aplicado os referidos índices de correção monetária. Na verdade, ao invés da contradição alegada, existe convergência de entendimentos no tocante a atualização do crédito resultante da decisão judicial." (fl. 2408)

O reclamante sustenta que a correção monetária prevista na Súmula n° 381 do TST somente se aplica às parcelas de natureza salarial pagas no curso do contrato de trabalho, o que não é o caso dos autos, que se trata de reclamação trabalhista movida por aposentados. Pugna pela aplicação do art. 39 da Lei n° 8.177/91. Indica contrariedade à Súmula n° 381 do TST e violação dos arts. 459 da CLT, 39 da Lei n° 8.177/91, 5°, II e XXXVI, da Constituição Federal e 6° da LINDB.

Ao exame.

O princípio da legalidade - artigo 5°, II, da Constituição da República - é norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, de modo que a ofensa a esse preceito, no caso concreto, não será direta e literal, como exige o art. 896, "c", da CLT. Inteligência da Súmula n° 636 do STF.

O Tribunal Regional não dirimiu a controvérsia pelo enfoque dos arts. 6° da LINDB e 5°, XXXVI, da Constituição Federal e, não tendo sido objeto dos embargos de declaração opostos, a matéria está preclusa, ante a falta do necessário prequestionamento, o que atrai a incidência do óbice inserto na Súmula n° 297, I e II, do TST.

Não há violação do art. 39 da Lei n° 8.177/91, pois o Tribunal Regional já determinou a aplicação dos índices previstos no referido dispositivo, razão pela qual falta interesse recursal do recorrente.

No tocante ao momento em que devem ser aplicados os índices de correção monetária, o Tribunal Regional decidiu em consonância com a Súmula n° 381 do TST, que interpreta o art. 459 da CLT, *in verbis*:

"CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT (conversão da Orientação Jurisprudencial n° 124 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 O pagamento dos salários até o 5° dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1°. (ex-OJ n° 124 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998)"

Logo, incólumes os dispositivos indicados e afastada a alegada contrariedade à Súmula n° 381 desta Corte, pois, ao contrário do que foi sustentado pelo reclamante, a decisão regional está em consonância com o entendimento desta Corte.

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

1.2 IMPOSTO DE RENDA – BASE DE CÁLCULO – JUROS DE MORA

Eis os termos do v. acórdão regional:

“DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

A pretensão é que sejam excluídos os juros de mora na base de cálculo do Imposto de Renda.

O art. 55 do Decreto 3.000/99 dispõe, in verbis:

“Art. 55. São também tributáveis (Lei n° 4.506, de 1964, art. 26, Lei n° 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, e Lei n° 9.430, de 1996, arts. 24, § 2º, inciso IV, e 70, § 3º, inciso I):

(...)

XVI - os juros compensatórios ou moratórios de qualquer natureza, inclusive os que resultarem de sentença, e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento, exceto aqueles correspondentes a rendimentos isentos ou não tributáveis”.

Tal dispositivo não contraria o disposto no § 1º do art. 46 da Lei n° 8.541/92, porquanto, esta norma não exclui os juros da base de cálculo do imposto de renda. Apenas veda que sejam eles somados “para aplicação da alíquota correspondente”. Ou seja, o imposto de renda que incide sobre os juros será calculado separadamente, aplicando-se-lhe alíquota correspondente ao montante apurado sobre tal título.

Portanto, os juros de mora devem compor a base de cálculo do imposto de renda.

Ressalte-se ainda que não há falar que o Decreto 3.000/99 extrapolou os limites da Lei 8.541/92.” (fl. 2220)

O reclamante sustenta que o art. 46, § 1º da Lei n° 8.541/92 isenta de tributação os juros pagos em cumprimento de decisão judicial. Afirma que não pode ser reconhecida validade a um Decreto ou Regulamento em detrimento do texto de lei federal. Argumenta que os juros é uma parcela de natureza exclusivamente indenizatória, não podendo sofrer a incidência do imposto de renda. Indica afronta ao art. 46, § 1º, da Lei n° 8.541/92.

À análise.

A questão da incidência do imposto de renda sobre os juros de mora já foi objeto de intensos e exaustivos debates nesta Corte, ora prevalecendo a tese da exclusão dos juros de mora da base de cálculo do imposto de renda incidente sobre os créditos trabalhistas decorrentes de decisão judicial, ora o posicionamento a favor da inclusão dos juros moratórios na base de cálculo.

Isso por causa da redação do artigo 46, § 1º, I, da Lei n° 8.541/92, analisada em confronto com as disposições do Decreto n° 3.000/99, em seus artigos 43, § 3º, 55, VI e XIV, e 56 da Lei n° 4.506/64.

Não obstante já ter decidido que a Lei 8.541/92, em seu artigo 46, § 1º, I, não exclui os juros de mora da base de cálculo do imposto de renda, como aparentemente demonstra, pois se refere aos juros e às indenizações por lucros cessantes, não estando aí incluídos os juros de mora, o certo é que o Órgão Especial do e. TST, em sessão de julgamento realizada em 10/8/2009, ao apreciar o processo TST-ROAG-2.110/1985.4, decidiu que os juros, de maneira geral, não são tributáveis, ou seja, não servem à incidência do imposto de renda.

Tal entendimento decorreu da adoção da interpretação que o e. STJ vem conferindo ao artigo 404 do CCB de 2002, que dispõe serem os juros de mora considerados perdas e danos, tratando-se, pois, de parcela indenizatória, não incidindo mais sobre eles o imposto de renda.

Acatando tal proposta, esta Relatora reformulou entendimento até então adotado, uma vez que essa nova diretriz melhor atende à natureza das verbas trabalhistas.

Ademais, o parágrafo único do artigo 404 do CCB/2002 é inovatório e enfatiza essa natureza indenizatória dos juros de mora, que se destinam a cobrir prejuízo e, se não houver a pena convencional, o juiz poderá

suprir essa falta com uma indenização correspondente.

Nesse contexto, a interpretação que se deve conferir ao artigo 46, § 1º e I, da Lei 8.541/92 é a de que a exclusão a que se refere o dispositivo abrange os juros de mora.

Essa interpretação consolidou-se na jurisprudência do TST, conforme Orientação Jurisprudencial nº 400 da SBDI-1, de seguinte teor:

“400. IMPOSTO DE RENDA. BASE DE CÁLCULO. JUROS DE MORA. NÃO INTEGRAÇÃO. ART. 404 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010). Os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, ante o cunho indenizatório conferido pelo art. 404 do Código Civil de 2002 aos juros de mora.”

Por todo o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 46, § 1º, I, da Lei nº 8.541/92.

1.3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Eis os termos do v. acórdão regional:

“DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Não preenchidos os requisitos a que alude a Lei 5.584/70, ratificado pela S. 219 do C. TST, quais sejam, estar devidamente assistido pelo sindicato da categoria, bem como ter declarado não ter condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou do de sua família, imperiosa a manutenção do indeferimento da verba em epígrafe, ainda mais na hipótese em tela, em que fora reformada a decisão de base, julgando improcedente a ação.
Mantenho.” (fl. 2222)

O reclamante sustenta que são devidos os honorários advocatícios, pois os arts. 791 e 839 da CLT são incompatíveis com a nova ordem constitucional. Indica afronta aos arts. 133, 173, § 4º, da Constituição Federal e colaciona arestos.

Ao exame.

De início, registre-se que o segundo aresto transcrito é inserível para fins de divergência jurisprudencial, pois não cita a fonte oficial de publicação ou o repositório de jurisprudência autorizado, o que desatende ao comando inserto na Súmula nº 337, I, do TST.

De início, registre-se que o Tribunal Regional não dirimiu a controvérsia pelo enfoque dos arts. 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho e 173, § 4º, da Constituição Federal, e, não tendo sido objeto dos embargos de declaração opostos, no intuito de obter o pronunciamento daquela Corte, a discussão está preclusa, ante a falta do necessário prequestionamento.

Esta Corte, analisando o cabimento dos honorários advocatícios no Processo do Trabalho, à luz do art. 133 da Constituição Federal, firmou o seguinte entendimento:

“SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

“SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (no-va redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação

econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula n° 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)"

Isso porque o deferimento dos honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, quando em consequência de relação de emprego, não decorre simplesmente da sucumbência, pois exige a concomitância de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência sindical, nos termos da OJ n° 305 da SBDI-1 do TST, in verbis:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO (DJ 11.08.2003). Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato."

Nesse contexto, o e. Tribunal Regional, ao indeferir o pedido, ao fundamento de que o reclamante não estava assistido pelo sindicato da categoria profissional, decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Incólumes os dispositivos indicados.

A incidência das Sumulas n°s 219 e 329 do TST afasta o exame do aresto válido transcrito, nos termos do art. 896, § 4° da CLT.

Por essas razões, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

2. MÉRITO

IMPOSTO DE RENDA – BASE DE CÁLCULO – JUROS DE MORA

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 46, § 1°, I, da Lei n° 8.541/92, e em observância ao disposto na Orientação Jurisprudencial n° 400 da SBDI-1 desta Corte, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para excluir os juros de mora da base de cálculo do imposto de renda.

II – RECURSO DE REVISTA SOBRESTADO DA FUNDAÇÃO PETROS

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes à tempestividade, ao preparo e à regularidade de representação, passa-se à análise dos intrínsecos do recurso.

Saliente-se que os dois recursos de revista interpostos pela Fundação Petros (fls. 2420-2460 e 2922-2972) serão analisados conjuntamente, pois, embora se insurja no segundo recurso contra a extensão da decisão regional ao reclamante Altino Moreira de Menezes, trata-se também de ratificação do recurso de revista anteriormente interposto, cuja análise estava sobrestada nesta Corte.

1.1 PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Eis os termos do v. acórdão regional:

"DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA ARGUIDA PELAS RECORRENTES.

As Reclamadas renovam a arguição da preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de diferença de suplementação de aposentadoria formulado pelos Reclamantes, em vista de reajuste salarial concedido pela PETROBRÁS ao pessoal em atividade.

Segundo a Reclamada PETROS, jamais existiu vínculo de emprego entre ela e os Reclamantes, de modo a justificar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o feito, salientando que a relação dos beneficiários com as entidades privadas de previdência complementar tem natureza civil.

PETROS e PETROBRÁS sustentam que a Emenda Constitucional n° 20/98, que deu nova redação ao artigo 202, § 2°, da CF, excluiu do âmbito de competência da Justiça do Trabalho as controvérsias envolvendo os benefícios previstos no estatuto, regulamento e

plano de benefícios das entidades de previdência privada. Afirmam, ainda, que a Emenda Constitucional n° 45/2002, ao estabelecer a nova competência da Justiça do Trabalho, nela não incluiu os litígios entre os participantes e entidades de previdência complementar privada.

Sem razão, no entanto.

A prova documental produzida não deixa dúvida de que a Recorrente PETROS é entidade de previdência privada fechada criada e mantida pela PETROBRÁS e que o benefício perseguido resulta do contrato de trabalho, desde quando o acesso dos Recorridos à PETROS se deu em virtude da relação de emprego que mantiveram com a PETROBRÁS. Considerando que a causa remota do pedido de suplementação de aposentadoria, dirigido à Reclamada PETROS, é o contrato de trabalho com a PETROBRÁS, não se pode negar a competência desta Especializada para julgar a demanda.

Neste sentido vem decidindo reiteradamente a mais alta Corte Trabalhista, conforme se colhe dos arestos abaixo transcritos:

'EMBARGOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - A Justiça do Trabalho é competente para dirimir a controvérsia porque a causa remota do pedido de pagamento de complementação de aposentadoria é o contrato de trabalho. Ainda que se trate de obrigação de natureza previdenciária, formalmente devida por entidade de previdência privada, não se pode deixar de reconhecer que o ex-empregador se obrigou mediante o contrato de trabalho a complementar por interposta pessoa, os produtos de aposentadoria. Recurso de embargos não conhecido.' TST ERR 474477/1998 Turma D1 - Subseção Especializado em Dissídio Individuais - DJ 27/2/2004, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula.

RECURSO DE REVISTA DA PETROS -COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - A Justiça do Trabalho é competente para julgar controvérsias surgidas entre empregados e instituições de complementação de aposentadorias criadas por seus empregadores. TST RR 524.808/1999 - 2ª T- DJ 24.20.2003, Rel. convocado Juiz Saulo Emídio dos Santos.

Vale acrescentar que o §2º do artigo 202 da CF não trata de competência e a questão em debate não se enquadra no citado dispositivo constitucional, já que envolve diferença de suplementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada fechada, cujos beneficiários são os empregados aposentados da patrocinadora PETROBRÁS.

Por fim, a matéria se encontra hoje superada, diante da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da Emenda Constitucional n° 45/2004.

Irretocável, pois, a decisão de base." (fls. 2206-2208)

A Fundação Petros sustenta que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar causas em que se discute complementação de aposentadoria com entidade de previdência privada, diante da natureza previdenciária do benefício. Alega violação dos arts. 114, I e II, e 202, § 2º, da Constituição Federal e 36 da Lei n° 6.435/77 e colaciona arestos.

À análise.

Os dois arestos transcritos são inservíveis para fins de divergência jurisprudencial, pois ora são oriundos de Vara do Trabalho, e não do Tribunal Regional, ora provenientes de Turma do TST, hipóteses de cabimento não elencadas no rol taxativo previsto no art. 896, "a", da CLT.

O Tribunal Regional não dirimiu a controvérsia pelo enfoque do art. 36 da Lei n° 6.435/77, e, não tendo sido instado a fazê-lo nos embargos de declaração, a matéria tratada no referido dispositivo está preclusa, ante a falta do necessário prequestionamento, o que atrai a incidência da Súmula n° 297, I e II, do TST.

O egrégio Tribunal Regional, ao firmar posição de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar o pedido de complementação de aposentadoria do reclamante, o qual foi instituído pelo empregador, em razão do vínculo de emprego, proferiu decisão em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Esta Corte Superior havia pacificado o entendimento acerca de reconhecer a competência da Justiça

do Trabalho para dirimir controvérsia relativa à complementação de aposentadoria quando a fonte da obrigação é o contrato de trabalho.

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA DA CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (violação ao artigo 202, § 2º, da CF/88, e divergência jurisprudencial). A competência da Justiça do Trabalho para apreciação da controvérsia ora em debate é consequência da suposta responsabilidade que é imputada ao empregador pelo pagamento de diferenças de aposentadoria assegurada por norma regulamentar criada por entidade por ela patrocinada, fato que, no presente caso, tal como demonstrado, decorreu unicamente da relação de emprego mantida com seu empregado. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 124400-20.2004.5.12.0024, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: 14/9/2012)

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PREVI. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Inconteste que a discussão atinente à complementação de aposentadoria é oriunda da própria relação laboral, o que atrai a competência desta Justiça especializada. (...)” (RR - 3827200-87.2007.5.09.0029, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT: 5/10/2012)

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Hipótese em que a decisão turmária encontra-se em consonância com a pacífica jurisprudência desta Corte, segundo a qual compete à Justiça Trabalhista processar e julgar demandas que tenham por objeto pedido de complementação de aposentadoria decorrente da relação empregatícia. Embargos conhecidos e desprovidos.” (E-ED-RR - 93800-88.2008.5.21.0003, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT: 19/11/2010)

“I - RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA (PREVI) 1 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A SBDI-1 já pacificou entendimento no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsia relativa à complementação de aposentadoria quando a fonte da obrigação é o contrato de trabalho. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 2469300-08.2007.5.09.0008, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: 28/9/2012)

No entanto, a Suprema Corte adotou novo posicionamento, no julgamento do RE 586453, da lavra da Ministra Ellen Gracie, analisando o disposto nos arts. 114 e 202, § 2º, da Constituição Federal, reconheceu a competência da Justiça Comum para examinar os processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada (complementação de aposentadoria privada), ao fundamento de inexistir relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência complementar.

Ficou registrado, ainda, na decisão proferida pelo STF, que devem permanecer, na Justiça do Trabalho, todos os processos em que já tiveram sentença de mérito.

No caso dos autos, já houve decisão de mérito acerca da matéria (fls. 2204-2222), razão pela qual persiste a competência desta Justiça Especializada. Logo, incólumes os dispositivos indicados.

Por todo exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no particular.

1.2 CORREÇÃO MONETÁRIA – ÍNDICE APLICÁVEL.

Eis os termos do v. acórdão regional:

“A pretensão das Reclamadas é que a atualização monetária se dê com base na Lei 6.899/81.

Razão não lhes assiste. A Lei 6.899/81 foi regulamentada pelo Decreto n° 86.649/81 que elegeu como índice de correção a ORTN, substituída pela OTN e, posteriormente, pela BTN, finalmente, extinta pela Lei 8.177/91. Observe-se, porém, que desde o advento da Lei 7.738/89, a atualização dos débitos trabalhistas passou a utilizar os mesmos índices aplicados nos depósitos feitos em caderneta de poupança, (art. 6°, inc. V). Por outro lado a Lei 8.177/91, estabelecendo regras para a desindexação da economia, assim disciplinou:

Art. 39 - Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§1° - Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no 'caput', juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados 'pro rata die', ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

Vale registrar que a orientação tratada no Enunciado 311/TST encontra-se superada, em face do advento da Lei 8.177/91, posterior à sua edição, e que trata da atualização monetária dos débitos trabalhistas, sem distinção da sua natureza jurídica, como reza o art. 39, caput, acima transcrito.

Ora, não há como aplicar a Lei 6.899/81 a débito nascido no ano 2004, quando já extintos os índices de atualização monetária nela previstos desde o ano de 1991. Portanto, no caso vertente, aplicar-se-ão os índices de correção monetária constantes das Tabelas emitidas por este Regional.

NEGO PROVIMENTO" (fls. 2215-2216)

A Fundação Petros sustenta que não podem ser aplicados os índices de correção monetária previstos na Lei n° 8.177/91, uma vez que não se trata de lide entre empregador e empregado, mas sim de diferenças de complementação de aposentadoria, cuja natureza é previdenciária, não constituindo débito trabalhista. Postula aplicação da Lei n° 6.899/91. Indica afronta aos arts. 5°, II, da Constituição Federal e 39 da Lei n° 8.177/91 e à Lei n° 6.899/91 e contrariedade à Súmula n° 311 do TST e colaciona aresto.

À análise.

De início, registre-se que o único aresto transcrito é inservível para fins de divergência jurisprudencial, pois oriundo do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, o que não se coaduna com as disposições do art. 896, "a", da CLT e da Orientação Jurisprudencial n° 111 da SBDI-1 do TST.

Outrossim, não há como perquirir nenhuma afronta à Lei n° 6.899/91, uma vez que a recorrente não indicou expressamente qual o artigo, inciso, parágrafo ou alínea entende violado, o que desatende ao comando inserto na Súmula n° 221 desta Corte.

O princípio da legalidade - artigo 5°, II, da Constituição da República - é norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, de modo que a ofensa a esse preceito, no caso concreto, não será direta e literal, como exige o art. 896, "c", da CLT. Inteligência da Súmula n° 636 do STF.

Da mesma forma, não se constata a alegada contrariedade à Súmula n° 311 desta Corte, uma vez que o referido enunciado não retrata o mesmo tema dos autos, pois o caso não é de benefício pago a dependente de ex-empregado, mas sim de complementação de aposentadoria paga aos próprios ex-empregados aposentados.

Dessa forma, o Tribunal Regional, ao aplicar o índice de correção monetária previsto no art. 39 da Lei n° 8.177/91, não violou o referido dispositivo, mas, ao contrário, deu plena aplicação ao seu teor, pois, em

que pese se tratar de diferenças de complementação de aposentadoria, não é uma obrigação autônoma, pois decorrente do contrato de trabalho celebrado com a patrocinadora Petrobras.

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

III – RECURSO DE REVISTA SOBRESTADO DA PETROBRAS E FUNDAÇÃO PETROS – MATÉRIA COMUM – ANÁLISE CONJUNTA – DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – CONCESSÃO DE NÍVEL SALARIAL AOS APOSENTADOS.

Eis os termos do v. acórdão regional:

“DAS DIFERENÇAS DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

A ação foi proposta com o fito de ser estendido aos aposentados e pensionistas o aumento salarial decorrente de um nível salarial, fruto de negociações coletivas entre a PETROBRÁS e o SINDICATO da categoria profissional.

Na cláusula 4ª do Acordo Coletivo de Trabalho com vigência entre 01/09/2004 e 31/08/2005, as partes acordaram que a PETROBRÁS concederia a todos os empregados admitidos até a data de assinatura do acordo, um nível salarial, garantindo aqueles que se encontravam no final da faixa de cada cargo, o acréscimo de mais um nível salarial.

Na inicial, os Recorrentes sustentam que tal acordo teve como objetivo impedir o direito dos aposentados e pensionistas de ter seus benefícios reajustados e, invocando o art. 41 do Regulamento da PETROS, pugnam pelo reajuste na aposentadoria no percentual de 5% correspondente à diferença entre os níveis salariais.

Os Reclamados se defendem, alegando, inicialmente, que o art. 41 do Regulamento da PETROS prevê reajustes da suplementação de aposentadoria apenas quando houver reajuste geral dos proventos pagos pelo INSS, sendo que a nova redação deste artigo condiciona o reajuste da suplementação de aposentadoria aos reajustes salariais concedidos pela Patrocinadora. Reza o art. 41 do Regulamento da PETROS que:

Os valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão, serão reajustados nas mesmas épocas em que forem feitos os reajustamentos salariais da Patrocinadora, aplicando-se às suplementações o seguinte Fator de Correção (FC):

Ao celebrarem o Acordo Coletivo 2004/2005, as partes além de negociar o reajuste salarial geral, negociaram também o aumento de um nível salarial para os empregados da Petrobrás. A concessão de um nível salarial a todos os empregados da PETROBRÁS, independentemente de merecimento ou antiguidade, sem observância dos critérios fixados no Plano de Classificação e Avaliação de Cargos, representou disfarçado aumento salarial geral, com inegável repercussão na tabela salarial da Patrocinadora e, em consequência, nos valores dos benefícios pagos pela PETROS. Ressalte-se que a cláusula que concede aumento de um nível salarial está inserida no capítulo normativo que trata ‘DOS SALÁRIOS’, donde se conclui que tal aumento de nível para todos os empregados admitidos até a data da assinatura do acordo implica em revisão geral de salário. Neste caso, os aposentados e pensionistas se beneficiam do percentual que resulta deste aumento de um nível salarial. Logo, este percentual integra o cálculo de reajuste dos benefícios pagos pela PETROS.

Reforçam tal entendimento, razão porque os adoto, os argumentos lançados na motivação expendida pelo Eminentíssimo Desembargador Jefferson Muricy, relator no acórdão nº 10.420/06, proferido no RO 01420.2005.003.05.00.8:

‘Ressalte-se que a cláusula 4ª do acordo coletivo de trabalho 2004/2005, fonte do direito perseguido pelas reclamantes, se encontra inserido no capítulo I, aquele que trata ‘DOS SALÁRIOS’. Logo, não se pode concluir que a criação de mais um nível salarial importou apenas na alteração do plano de cargo e salário. Até porque, se fosse esta a hipótese ter-se-ia de ser obedecido os critérios de antiguidade e de merecimento para a devida promoção, o que não ocorreu no presente caso. É tão gritante a simulação efetivada na norma coletiva, que se estende a concessão de um

nível salarial até mesmo para os empregados admitidos na assinatura do acordo coletivo. Ou seja, o empregado admitido já ingressou na segunda faixa salarial, desprezando-se a faixa de piso, o que deixa ainda mais evidente que a concessão de um nível salarial a todos os empregados em atividade se tratou de aumento salarial geral camuflado, para efeito de se excluir do ajuste os pensionistas.

Não se pode admitir que uma cláusula coletiva conceda reajuste salarial a todos os trabalhadores, e ao mesmo tempo lhe atribua natureza jurídica diversa da que lhe seria inerente, com o escopo de evitar a repercussão dos efeitos jurídicos com relação a uma parte da categoria.” (fls. 2212-2214)

No julgamento dos embargos de declaração, foram expostos os seguintes fundamentos:

“A Embargante aponta omissão no acórdão, afirmando que não foi apreciado o art. 41 do Regulamento da PETROS que não estende aos seus beneficiários os mesmos percentuais de reajustes concedidos aos empregados da ativa. Aponta, ainda, omissão no tocante ao acordo coletivo que foi precedido de negociação envolvendo tanto os aposentados, como os ativos, não promovendo redução salarial.

O entendimento esposado na decisão impugnada foi de que o aumento de um nível salarial constitui aumento salarial geral disfarçado e deferiu aos aposentados e pensionistas o reajuste nos proventos em percentual igual àquele resultante do aumento de um nível. E o fez, com base nas regras estipuladas pela PETROS que garante aos empregados afastados o mesmo percentual de reajuste dos salários dos empregados da ativa.

O inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal reconhece os acordos e as convenções coletivas do trabalho, buscando assegurar o princípio da livre negociação entre as partes. Todavia, tal princípio não se sobrepõe ao da isonomia. Os ativos e inativos devem ser tratados isonomicamente. Na hipótese, porém, quando da negociação coletiva, houve tratamento discriminatório, sendo beneficiados os trabalhadores da ativa com reajuste salarial disfarçado de progressão salarial. A decisão embargada corrigiu o equívoco, concedendo aos aposentados e pensionistas da PETROBRÁS, reajustes em percentual igual àqueles recebidos pelos trabalhadores da ativa por força do aumento de um nível salarial. Assim procedendo, os julgadores não deram interpretação ampliativa à cláusula normativa, pois não foi aplicado aos demais o aumento de nível ali previsto, mas tão somente o percentual que resultou da mudança de um nível salarial, por se tratar tal vantagem em revisão geral da tabela salarial da Petrobrás. E, por força do disposto no art. 41 do Regulamento da Petros, todo e qualquer reajuste geral de salário dos trabalhadores da ativa seria também estendido aos aposentados e pensionistas, garantindo-se o padrão que tinha o benefício quando da aposentadoria, pois se na ativa estivessem, estariam se aposentando em um nível salarial acima.

No acordo coletivo as partes concordaram que todos os trabalhadores da ativa subiram um nível salarial. Para aqueles que estavam no último nível, foi criado mais um de forma a beneficiar a todos os empregados. Tal cláusula não está sendo desrespeitada na decisão embargada, pois esta não estende aos aposentados e pensionistas a aplicação de cláusula normativa.

DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS PARA ADIR NOVOS FUNDAMENTOS AO JULGADO.” (fls. 2404-2406)

A Fundação Petros sustenta que o benefício de suplementação de aposentadoria pago aos reclamantes, é calculado quando do jubileamento do empregado e sofre reajustes periódicos, nas mesmas épocas de reajustamento dos salários da patrocinadora (Petrobras), conforme o art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios. Afirma, que em 2004, no acordo coletivo celebrado entre a Petrobrás e a entidade de classe representativa da categoria, estabeleceu-se uma nova tabela salarial, com reajuste geral dos salários e a concessão de um nível salarial aos empregados. Alega que a valorização salarial serviu de parâmetro para o reajustamento dos benefícios pagos pela PETROS, inclusive a complementação de aposentadoria, mas que não deve ser concedido o nível salarial aos inativos, pois a cláusula ao citar o termo “empregados”, restringe-se aos em atividade.

A Petros argumenta, ainda, que as condições previstas no acordo coletivo de trabalho foram livremente pactuadas e devem ser consideradas válidas, em nome da liberdade de associação sindical, e que as

cláusulas benéficas não podem ser interpretadas extensivamente. Indica afronta dos arts. 5º, II, 7º, XXVI e 8º, III, VI e VII, da Constituição Federal, 611 a 625 da CLT e 114 do Código Civil e colaciona arestos. A Petrobras sustenta a violação dos arts. 5º, II e XXXVI, e 7º, VI, XXXVI, da Constituição Federal e 114 do Código Civil, por entender serem indevidas as diferenças de complementação de aposentadoria, tendo em vista a validade do acordo coletivo que prevê a concessão de um nível salarial para todos os empregados da ativa, nos termos do artigo 41 do Regulamento e da cláusula 4ª do acordo coletivo 2004/2005. Indica divergência jurisprudencial.

À análise.

Arestos provenientes de Turma deste TST são inservíveis para fins de divergência jurisprudencial, pois referem-se à hipótese de cabimento não elencada no rol taxativo previsto no art. 896, "a", da CLT.

O Tribunal Regional não dirimiu a controvérsia pelo enfoque dos arts. 611 a 625 da CLT, 114 do Código Civil, 5º, XXXVI, e 8º, III, VI e VII, da Constituição Federal, e, não tendo sido instado a fazê-lo nos embargos de declaração opostos, constata-se que o conteúdo normativo dos referidos dispositivos está precluso, ante a ausência de prequestionamento, o que atrai a incidência do óbice inserto na Súmula nº 297, I e II, do TST.

O princípio da legalidade - artigo 5º, II, da Constituição da República - é norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, de modo que a ofensa a esse preceito, no caso concreto, não será direta e literal, como exige o art. 896, "c", da CLT. Inteligência da Súmula nº 636 do STF.

Quanto ao mérito propriamente dito, a decisão do Tribunal Regional foi proferida nos estritos termos da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 62 da SBDI-1, *in verbis*:

"PETROBRAS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AVANÇO DE NÍVEL. CONCESSÃO DE PARCELA POR ACORDO COLETIVO APENAS PARA OS EMPREGADOS DA ATIVA. EXTENSÃO PARA OS INATIVOS. ARTIGO 41 DO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DA PETROS. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008). Ante a natureza de aumento geral de salários, estende-se à complementação de aposentadoria dos ex-empregados da Petrobras benefício concedido indistintamente a todos os empregados da ativa e estabelecido em norma coletiva, prevendo a concessão de aumento de nível salarial - "avanço de nível" -, a fim de preservar a paridade entre ativos e inativos assegurada no art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Petrobras de Seguridade Social - Petros."

De fato, a Subseção 1 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que a Cláusula 4ª do Acordo Coletivo de Trabalho, firmado entre a PETROBRAS e o sindicato representativo da categoria profissional, correspondente ao período de 2004 a 2005, instituiu, obliquamente, verdadeiro reajuste de salários, não obstante se refira expressamente à progressão vertical de um nível no Plano de Cargos e Salários da empresa. E o faz de forma que exclui de sua aplicação prática aqueles ex-empregados inativos, para os quais a ascensão na carreira já não é mais possível.

Frustra-se, dessa maneira, na visão desta Corte uniformizadora de jurisprudência, o comando da norma empresarial prevista no art. 41 do Regulamento Interno, que assegura a paridade de vencimentos entre ativos e inativos, donde resulta a ineficácia da cláusula ao comento perante aqueles empregados aposentados, para os quais a vantagem deve produzir idênticos efeitos, mediante a concessão do aumento salarial correspondente a um nível funcional.

A edição da referida orientação jurisprudencial decorreu da interpretação dos arts. 7º, VI e XXVI, da Constituição Federal e 41 do Regulamento do Plano de Benefícios, motivo pelo qual não há afronta a esses dispositivos.

A incidência da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 62 da SBDI-1 do TST afasta o exame dos arestos válidos transcritos, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte.

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no particular.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do recurso de revista do reclamante, apenas quanto ao tema "IMPOSTO DE RENDA – BASE DE CÁLCULO – JUROS DE MORA", por violação do art. 46, § 1º, I, da Lei nº 8.541/92, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir os juros de mora da base de cálculo do imposto de renda; II – não conhecer do recurso de revista da Fundação Petrobrás; e III – não conhecer do recurso de revista da Petrobras.

Brasília, 20 de Março de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA

Desembargadora Convocada Relatora

PROCESSO N° TST-AIRR-11298-98.2010.5.15.0000

Desembargadora Convocada Relatora
**MARIA DAS GRAÇAS SILVANY
 DOURADO LARANJEIRA**

ACÓRDÃO
 (2ª Turma)
 Agravo de Instrumento TST
 n° 11298-98.2010.5.15.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO – 1. EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal Regional se manifesta de forma clara e fundamentada sobre a matéria relevante ao deslinde da controvérsia, fazendo consignar que a conta bancária sobre a qual incidiu penhora pertencia não somente ao recorrente como também à ex-sócia da empresa executada (conta conjunta), sendo a co-titular igualmente credora de toda quantia depositada, o que viabilizava a constrição efetuada. Com isso, respondeu ao questionamento sobre o fato de a execução ter atingido o recorrente, mesmo não tendo sido parte na fase de conhecimento. Quanto à alegação da existência na conta-corrente bloqueada de depósito relativo à aposentadoria do agravante, o que afastaria a constrição realizada, a Corte Regional registrou que não havia nos autos prova nesse sentido. Relativo ao cerceamento do direito de defesa, em face da não expedição de ofício ao banco para identificação de possíveis depósitos atinentes aos proventos de aposentadoria do recorrente, embora o Colegiado Regional não tenha se manifestado expressamente a respeito, é possível analisá-lo apenas com os elementos fáticos descritos no acórdão recorrido. Isso porque constou da decisão regional que a conta-corrente era conjunta e que era impossível a separação dos valores pertencentes a cada co-titular. Nesse contexto, a questão acerca da configuração ou não do cerceamento do direito de defesa em razão da não expedição de ofício à instituição bancária ganha contorno jurídico e, como tal, considera-se prequestionada a matéria, nos termos da Súmula n° 297, III.

2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO PROVIMENTO.

Se o recorrente era co-titular da conta bancária objeto de constrição, por certo gozava de prerrogativa para exigir do banco extratos ou qualquer outro documento que comprovasse a origem dos valores depositados, com vistas a comprovar a alegação de que os créditos penhorados eram relativos aos proventos de sua aposentadoria. Diferentemente seria se, por razão de sigilo, não tivesse acesso aos dados da mencionada conta-corrente; ou se a instituição bancária se recusasse a atender o pedido de informações do correntista, hipótese em que a determinação judicial endereçada à instituição bancária para a produção da prova documental requerida pelo recorrente seria imprescindível. Desse modo, o não atendimento do pedido do recorrente de expedição de ofício ao banco da conta bancária penhorada não ensejou cerceamento ao seu direito de defesa e ao contraditório. Ademais, como realçado na decisão regional, por se tratar de conta conjunta, impossível seria proceder à separação

dos valores pertencentes a cada co-titular. Logo, inócua a expedição de ofício ao banco para que efetuasse a individualização dos créditos depositados. Incólume, pois, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-11298-98.2010.5.15.0000**, em que é Agravante **JOSÉ CARDOSO MENDES** e são Agravados **CLEMILSON SOUZA SILVA** e **PANIFICADORA PONTO SETE LTDA**.

Contra a r. decisão de fl. 101, que negou seguimento ao seu recurso de revista, o terceiro embargante interpõe agravo de instrumento, às fls. 2-8, no qual sustenta a viabilidade do apelo denegado.

Contraminuta e contrarrazões apresentadas às fls. 106-110 e 114-117.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O recurso preenche os requisitos genéricos de admissibilidade.

CONHEÇO.

2. MÉRITO

2.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Em razões de recurso de revista, o terceiro embargante alegou que o egrégio Tribunal Regional incorreu em negativa de prestação jurisdicional porque não teria se manifestado sobre as seguintes questões suscitadas nos seus embargos de declaração:

- "2.1- O Embargante **não participou do processo de conhecimento**, razão pela qual o título executivo não o alcançou;
- Sendo impenhoráveis os proventos de aposentadoria, e havendo nos autos **prova de que a conta-poupança bloqueada recebeu depósito referente à aposentadoria**, fato que foi admitido pelo acórdão embargado, **não poderia haver a constrição**;
 - Havia **excesso de execução**, com a **inclusão de valores de direitos já prescritos**.
 - Houve **cerceamento de defesa** pelo não deferimento de expedição de ofício ao Banco Nossa Caixa S.A. para que informasse a natureza dos depósitos efetuados na conta-poupança bloqueada." (fl. 97 – sem grifos no original).

Na minuta em exame, o agravante reitera tão somente a alegação de ofensa aos artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal (fl. 5).

O e. Tribunal Regional do Trabalho, negou provimento ao agravo de petição, proclamando:

"Conheço do agravo, pois presentes os pressupostos de admissibilidade. Pretende o agravante a análise da juridicidade da constrição de conta corrente pertencente a dois titulares solidários (agravante e ex-sócia da empresa executada), não mantendo um deles qualquer relação com a empresa executada, bem como, acerca de sua impenhorabilidade, já que é através da mesma que o agravante recebe os proventos da aposentadoria. No que tange à constrição de conta corrente pertencente a dois titulares solidários, a jurisprudência é uníssona ao afirmar a possibilidade da mencionada constrição, posto que todos os co-titulares são considerados credores de toda a quantia existente na conta

corrente (artigo 265 do CC), sendo impossível sua separação, já que pela vontade das partes houve a opção pela abertura de conta conjunta, modalidade que autoriza a cada co-titular a movimentação da totalidade dos valores depositados.

Acrescente-se, por oportuno, que a Lei n.º 7.357/85, prevê a responsabilidade solidária de todos os obrigados pela emissão dos cheques respectivos, corroborando a tese ora esposada. Nesse sentido a jurisprudência:

CONTA BANCÁRIA EM CONJUNTO – SOLIDARIEDADE ATIVA – Recaindo a penhora sobre o saldo de conta conjunta bancária, da qual o Executado um dos depositantes, não pode o outro, ainda que sua esposa, pedir a exclusão de sua parte. Sendo a conta conjunta, os depositantes são credores solidários, podendo exigir pessoalmente o saldo total que, assim, pode ser objeto de constrição judicial para garantir a execução do seu débito reconhecido por sentença. (TRT 3ª R. – AP 1944/02 – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault – DJMG 07.06.2002 – p. 12).

De outro turno, não há prova nos autos de que o valor penhorado da conta corrente era proveniente exclusivamente de valores pertencentes aos proventos de aposentadoria, pois o documento de fl. 15 restringe-se a um curto período (27/03 a 25/04/07). Portanto, não há elementos nos autos que confirme a tese do agravante de que houve constrição em seus proventos de aposentadoria, o que afasta a possibilidade de análise do tema impenhorabilidade. Nada a deferir neste sentido. Mantenho.

Para todos os efeitos, considero devidamente pré-questionadas as matérias e os dispositivos legais e constitucionais invocados.”

Rejeitados os embargos de declaração, por sua natureza infringente.

Ao exame.

Inadequada a indicação de ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal para efeito da preliminar suscitada, nos termos da OJ 115 da SBDI/TST.

Não se vislumbra omissão apta a ensejar a pretendida nulidade por negativa de prestação jurisdicional. A omissão apta a determinar a nulidade do julgado há de ser relevante ao deslinde da controvérsia e útil ao julgamento do feito, o que não é o caso. No sistema de nulidades do processo do trabalho previsto nos artigos 794 e seguintes da CLT, consagra-se a utilidade do acolhimento da nulidade.

Irrelevante a não participação do embargante no processo de conhecimento tal como articulada, por se tratar de terceiro embargante.

A alegação de se tratar de proventos de aposentadoria situa-se no âmbito fático-probatório, que não comporta revisão nesta Instância Extraordinária, nos moldes da Súmula 126 do TST, pois noticia o Tribunal Regional a ausência de prova, no particular.

A questão inerente ao excesso de execução é incompatível com a alegada impenhorabilidade, além de imprópria aos embargos de terceiro. Além disso, o agravante não suscitou no recurso principal (agravo de petição) manifestação sobre excesso de execução relativo a direitos prescritos, nem se poderia exigir da egrégia Corte Regional pronunciamento a respeito, pois os embargos de declaração apenas se prestam ao prequestionamento de matéria quando esta é suscitada no recurso principal, o que não ocorreu nos autos.

Relativamente ao cerceamento do direito de defesa, em face da não expedição de ofício ao banco para identificação de possíveis depósitos atinentes aos proventos de aposentadoria do recorrente, embora o Colegiado Regional não tenha se manifestado expressamente a respeito, é possível analisá-lo apenas com os elementos fáticos descritos no acórdão recorrido. Isso porque constou da decisão regional que a conta-corrente era conjunta e que era impossível a separação dos valores pertencentes a cada co-titular.

Nesse contexto, a questão acerca da configuração ou não do cerceamento do direito de defesa em razão da não expedição de ofício à instituição bancária ganha contorno jurídico e, como tal, considera-se prequestionada a matéria, nos termos da Súmula n.º 297, III, de seguinte redação:

“III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.”

Com efeito, os pronunciamentos pretendidos carecem de utilidade prática, pois em nada alterariam o resultado do julgamento, sobretudo, porque, na dicção do Tribunal Regional, a conta bancária objeto da penhora pertencia não somente ao recorrente como também à ex-sócia da empresa executada (conta conjunta), sendo a co-titular igualmente credora de toda quantia depositada, o que viabilizava a constrição efetuada.

Pelo exposto, o egrégio Colegiado Regional não incorreu em negativa de prestação jurisdicional, resultando ileso o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

NEGO PROVIMENTO.

2.2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A egrégia Corte Regional, ao analisar o agravo de petição interposto pelo recorrente, decidiu negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeiro grau que determinou a penhora dos valores depositados na conta-corrente conjunta do agravante e da ex-sócia da empresa executada.

Fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

“Pretende o agravante a análise da juridicidade da constrição de conta corrente pertencente a dois titulares solidários (agravante e ex-sócia da empresa executada), não mantendo um deles qualquer relação com a empresa executada, bem como, acerca de sua impenhorabilidade, já que é através da mesma que o agravante recebe os proventos da aposentadoria.

No que tange à **constrição de conta corrente pertencente a dois titulares** solidários, a jurisprudência é uníssona ao afirmar a possibilidade da mencionada constrição, posto que todos os co-titulares são considerados credores de toda a quantia existente na conta corrente (artigo 265 do CC), sendo **impossível sua separação**, já que pela vontade das partes houve a opção pela abertura de conta conjunta, modalidade que autoriza a cada co-titular a movimentação da totalidade dos valores depositados.

Acrescente-se, por oportuno, que a Lei nº 7.357/85, prevê a responsabilidade solidária de todos os obrigados pela emissão dos cheques respectivos, corroborando a tese ora esposada. Nesse sentido a jurisprudência:

CONTA BANCÁRIA EM CONJUNTO – SOLIDARIEDADE ATIVA – Recaindo a penhora sobre o saldo de conta conjunta bancária, da qual o Executado um dos depositantes, não pode o outro, ainda que sua esposa, pedir a exclusão de sua parte. Sendo a conta conjunta, os depositantes são credores solidários, podendo exigir pessoalmente o saldo total que, assim, pode ser objeto de constrição judicial para garantir a execução do seu débito reconhecido por sentença. (TRT 3ª R. – AP 1944/02 – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault – DJMG 07.06.2002 – p. 12).

De outro turno, **não há prova nos autos de que o valor penhorado da conta corrente era proveniente exclusivamente de valores pertencentes aos proventos de aposentadoria**, pois o documento de fl. 15 restringe-se a um curto período (27/03 a 25/04/07). Portanto, **não há elementos nos autos que confirme a tese do agravante de que houve constrição em seus proventos de aposentadoria, o que afasta a possibilidade de análise do tema impenhorabilidade**. Nada a deferir neste sentido. Mantenho.

Para todos os efeitos, considero devidamente pré-questionadas as matérias e os dispositivos legais e constitucionais invocados” (fls. 84-85 – sem grifos no original).

Contra o v. acórdão regional, o recorrente opôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento (fls. 92-93).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso de revista, ao argumento de que o egrégio Tribunal Regional, ao assim decidir, teria violado o artigo 5º, LV, Constituição Federal (fls. 99-100).

Não obstante, a autoridade responsável pelo juízo de admissibilidade a *quo*, por julgar ausente pressuposto de admissibilidade específico, decidiu denegar-lhe seguimento (fl. 101).

Na minuta em exame, o agravante reitera sua alegação (fls. 7-8).

Ao exame.

O agravante sustenta que o seu direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) teria sido desrespeitado, porque não foi deferido pelas instâncias ordinárias o seu requerimento de expedição de ofício ao Banco Nossa Caixa S/A para que informasse a natureza dos créditos efetuados na conta bancária conjunta objeto de constrição, o que comprovaria sua alegação de que no montante penhorado teriam créditos oriundos dos proventos de sua aposentadoria.

Sucede que, como realçado pela egrégia Corte Regional, por se tratar de conta conjunta, impossível seria proceder à separação dos valores pertencentes a cada co-titular. Logo, inócua a expedição de ofício ao banco para que efetuasse a individualização dos créditos depositados.

Não bastasse, se o recorrente era co-titular da mencionada conta, por certo gozava de prerrogativa para exigir do banco extratos ou qualquer outro documento que comprovasse a origem dos valores depositados, com vistas a comprovar a alegação de que os créditos penhorados eram relativos aos seus proventos da aposentadoria. Diferentemente seria se, por razão de sigilo, o agravante não tivesse acesso aos dados da mencionada conta; ou se a instituição bancária se recusasse a atender o pedido de informações do correntista, hipótese em que a determinação judicial endereçada à instituição bancária para a produção da prova documental requerida pelo recorrente seria imprescindível.

Desse modo, o não atendimento do pedido do recorrente de expedição de ofício ao banco da conta bancária penhorada não violou as garantias do direito de defesa e do contraditório. Mormente quando se verifica que, contra a penhora que lhe foi desfavorável, a parte teve oportunidade de opor embargos de terceiros, os quais foram devidamente apreciados pelas instâncias ordinárias. Também teve assegurado o direito de recorrer, inclusive para este Tribunal Superior, o que cumpre o mandamento dos princípios constitucionais invocados.

Incólume, pois, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 20 de Março de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA

Desembargadora Convocada Relatora

RECURSO ORDINÁRIO N° 0000239-53.2011.5.05.0034

RECORRENTE(s): Alexandre Magno Antunes de Souza e Site Editora S.A. (Jornal Tribuna da Bahia)

RECORRIDO(s): Os mesmos

JORNALISTA - EXIGÊNCIA DA HABILITAÇÃO PROFISSIONAL E DO REGISTRO NO CONSELHO COMPETENTE - DECRETO-LEI N° 972/69 – INCONSTITUCIONALIDADE - DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE N° 511.961 –

Evidenciado, nos autos, que o reclamante laborava como jornalista, nos moldes do que estabelece o §1º do art. 302 da CLT, ativando-se desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos, deve ser enquadrado como tal, mesmo que não possua a habilitação profissional e o registro no conselho competente. Justamente porque privilegiar a forma - ausência do registro profissional e do diploma - em detrimento da realidade - o exercício das funções de jornalista - significa prestigiar o mau empregador que se beneficiou dos serviços prestados pelo obreiro, mesmo sabendo que ele não possuía as qualificações legais impostas ao regular exercício da profissão. Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de junho de 2009, decidiu, no Recurso Extraordinário de n° 511.961, pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e registro profissional do Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalismo previsto no Decreto-Lei 972/69, editado no regime militar, entendendo que a exigência contida no art. 4º do referido decreto viola a liberdade de imprensa e contraria o direito à livre manifestação de pensamento inscrito no Pacto de São José da Costa Rica.

Desembargadora
DALILA ANDRADE

ACÓRDÃO
(2ª Turma)
Recurso Ordinário
n° 0000239-53.2011.5.05.0034

ALEXANDRE MAGNO ANTUNES DE SOUZA e SITE EDITORA S.A. (JORNAL TRIBUNA DA BAHIA) nos autos de n.º **0000239-53.2011.5.05.0034RecOrd** em que litigam entre si, inconformados com a sentença de fls. 368/387 complementada pela de fls. 425/430, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados na reclamação, interpõem, dentro do prazo legal, **RECURSO ORDINÁRIO**, pelos motivos expendidos às fls. 432/444 e 445/454, respectivamente. Contrarrazões às fls. 461/471 e 473/478. O Ministério Público do Trabalho não exarou parecer, tendo em vista que as matérias, objeto do presente apelo, não se enquadram entre as hipóteses descritas na Lei Complementar n.º 75/93 e no Provimento n.º 01/2005 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que justifiquem a sua intervenção. Não foi designado Desembargador Revisor, em face da alteração do caput e do § 1º do art. 135 do Regimento Interno desta Corte, por meio da Resolução Administrativa n. 57/2009.

VOTO

RECURSO DA RECLAMADA

Será examinado em primeiro lugar porque, se for acolhida a tese da ré de que não pode ser reconhecida a condição de jornalista por ausência da habilitação profissão e do registro no conselho competente, repercutirá no recurso do reclamante.

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO APELO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, POR

AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL E INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL

Suscita-a o reclamante, sob o fundamento de que o recorrente não impugnou especificamente os fundamentos da sentença recorrida, assim como requereu que fosse reconhecido que ele, á época do vínculo, não possuía diploma de curso superior de jornalismo, o que já foi reconhecido pela decisão farpeada.

A preliminar não prospera, contudo, uma vez que a ré aponta as razões do seu inconformismo, impugnando especificamente contra a sentença que deferiu as parcelas lastreadas na profissão de jornalista do autor.

Além disso, as razões recursais não são ineptas e existe interesse recursal, uma vez a ré foi sucumbente, daí por que **REJEITO a PRELIMINAR.**

MÉRITO

JORNALISTA – EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL E DO REGISTRO NO CONSELHO COMPETENTE – DECRETO-LEI N° 972/69 - INCONSTITUCIONALIDADE

Sustenta, inicialmente, a reclamada que não podia contratar o reclamante como jornalista porque o Decreto-Lei de n° 972/69 que regulamentava a profissão exigia, em seu art. 4°, para o seu exercício, o diploma do curso superior e o seu registro no Ministério do Trabalho e Previdência Social, requisitos que não foram preenchidos pelo autor. No afã de justificar a sua tese, cita julgados.

Com efeito, o inciso V, do artigo 4° do Decreto-Lei 972/69 estabelece que para “o exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...) diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de ‘a’ a ‘g’ no artigo 6°”.

O autor, por sua vez, não possui o registro no órgão competente como jornalista, conforme confessou no seu depoimento à fl. 312.

No entanto, as provas documental e testemunhal evidenciam que o reclamante laborava como **jornalista**, coletando informações e redigindo matérias e artigos, conforme se observa das declarações da própria testemunha da reclamada:

“(...) que o reclamante trabalhou como repórter junto com o depoente; que o depoente foi contratado como repórter estagiário, porque não era formado”, fl. 312.

Além disso, as cópias dos periódicos de fls. 32/189 dão conta de que o reclamante laborava como jornalista redigindo matérias ligadas à área da cultura.

Ora, entende-se como jornalista, de acordo com o §1° do art. 302 da CLT, “o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos e a organização, orientação e direção desse trabalho”.

Assim, privilegiar a forma – ausência do registro profissional e do diploma – em detrimento da realidade – o exercício das funções de jornalista – significa prestigiar o mau empregador que se beneficiou dos serviços prestados pelo reclamante, mesmo sabendo que ele não possuía as qualificações legais impostas ao regular exercício da profissão.

De outro vértice, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de junho de 2009, decidiu, no Recurso Extraordinário de n° 511.961, pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e registro profissional do Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalismo.

Para tanto, o c. STF entendeu que a exigência contida no art. 4° do Decreto-Lei 972/69, editado no período da Ditadura Militar, violou a liberdade de imprensa e contrariou o direito à livre manifestação de pensamento inscrito no Pacto de São José da Costa Rica.

O e. TST, por sua vez, passou a adotar o entendimento da Suprema Corte, conforme abaixo se lê:

“RECURSO DE REVISTA - ENQUADRAMENTO - JORNALISTA- REGISTRO PROFISSIONAL - DESNECESSIDADE. 1. O Decreto 83.284/79 disciplina, atualmente, a profissão de jornalista e dispõe, em seu art. 1º, ser livre, em todo o território nacional, o seu exercício aos que satisfizerem as condições estabelecidas legalmente. Já o art. 4º, III, de tal diploma legal estabelece que o ‘exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho’. 2. Nesse contexto, esta Corte entendia, inicialmente, que o requisito do registro prévio no órgão competente do Ministério do Trabalho, com a apresentação, dentre outros documentos, do diploma de curso superior, teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, nos termos de seu art. 5º, XIII, seria livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 3. Entretanto, sobreveio, no ano de 2009, o julgamento, pelo STF, da candente questão da exigência do diploma de curso superior de jornalismo como requisito para o exercício da profissão de jornalista, em que se entendeu como incompatível com a atual ordem constitucional tal imposição, em virtude, essencialmente, dos seguintes fundamentos: a) o exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação e b) a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, da CF não outorga ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial, devendo o aludido preceito constitucional ser interpretado em conjunto com os arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220 da CF, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. 4. Tais razões de decidir conduzem, inevitavelmente, à conclusão de que também não poderia ser exigido, como condição para o exercício da profissão de jornalista, o registro no Ministério do Trabalho e Emprego, diante da incompatibilidade entre a exigência contida no art. 4º do Decreto 83.284/79 e o texto constitucional, sobretudo quanto aos aludidos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220 da CF, os quais positivam as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral e nos quais se lastreou a decisão proferida pelo STF. 5. Nesse contexto, tendo o Regional reconhecido o exercício da função de jornalista por parte da Reclamante e como único óbice ao seu enquadramento legal a ausência do registro no MTE, merece reforma o acórdão recorrido para se reconhecer à Empregada a aplicação do estatuto jurídico próprio dos jornalistas e seus conseqüentes, tal como se decidiu na decisão proferida pela Vara do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-52785-37.2007.5.15.0070, Data de Julgamento: 11/10/2011, Redator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2011).

“RECURSO DE REVISTA. JORNALISTA. ATIVIDADE DE DIAGRAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES. No Direito do Trabalho, distintamente do Direito Civil, vigora, regra geral, a teoria especial trabalhista de nulidades - excetuando-se a mitigação dada pela construção jurisprudencial desta Corte firmada na Súmula 363/TST, assim como a sua total inaplicabilidade no tocante ao trabalho ilícito-, como, por exemplo, a exploração do jogo do bicho (OJ 199 da SDI-1) ou o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP). A par dessas observações, inúmeras são as situações que ensejam a plena aplicação da teoria justrabalhista de nulidades, como o que ocorre em relação ao efetivo exercício da profissão de jornalista sem a comprovação de prévio registro de conclusão de curso superior em jornalismo ou em comunicação social (arts. 4º do Decreto 972/69 e 4º do Decreto 83284/79). Há que se reconhecer que, cumpridas as funções efetivas de jornalista- e não sendo ilícito o exercício irregular da profissão -, cabe reconhecerem-se os efeitos do contrato realidade, sendo irrelevante, para tais efeitos, a ausência da formalidade concernente ao registro no Ministério do Trabalho. Relembre-se, de todo modo, que o STF, após o período contratual ora examinado, considerou desnecessário o registro profissional fixado nos diplomas legais dos anos de 1960 e 1970 (RE 511961/SP, STF - Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe - 213 12-11-2009, publicado em 13.11.2009). Recurso de revista não conhecido.” (RR-210500-95.2006.5.15.0097, Data de Julgamento: 31/08/2011, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011).

Assim, mantenho a sentença recorrida que reconheceu a condição de jornalista, mesmo não possuindo o autor, à época, a habilitação profissional e o registro no conselho competente.

FGTS SOBRE O AVISO PRÉVIO

Afirma, ainda, a reclamada que não é devido o FGTS sobre o aviso prévio, uma vez que o reclamante

pediu demissão, conforme reconheceu a sentença farpeada.

O apelo, no particular, encontra eco, uma vez que o autor pediu demissão, assim como sequer houve pedido de FGTS sobre o aviso prévio, conforme se vê às fls. 20 e 337.

A correção da sentença, no particular, se impõe.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A tese da reclamada é de que a equiparação salarial não pode ser deferida porque a modelo Livia Veiga possui o diploma superior do curso de jornalismo e o registro no órgão competente, o que não é o caso do reclamante.

O argumento não pode, contudo, subsistir, uma vez que o fato de o reclamante não possuir as qualificações profissionais não obsta a equiparação salarial quando ele desempenha as mesmas funções da paradigma, o que é o caso dos autos, mormente quando se verifica que a ré sequer contestou tal fato, fl. 324.

Por tais razões, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para excluir da condenação o FGTS sobre o aviso prévio.

RECURSO DO RECLAMANTE

HORAS EXTRAS – LABOR AOS SÁBADOS E DOMINGOS – INTERVALOS INTRAJORNADA E INTERJORNADA - ADICIONAL NOTURNO

Insiste o reclamante na tese, antes rechaçada pela n. Juíza de primeiro grau, de que ativava-se das 08h às 20h, de segunda a sexta-feira, das 18h às 22h um sábado e das 10h às 14h em três domingos por mês.

Assinala, ainda, que a reclamada descumpriu a exigência contida no §2º do art. 74 da CLT porque, a despeito de possuir mais de 10 (dez) empregados, não carreou, aos autos, os controles de frequência, de sorte que cumpria-lhe provar a jornada descrita na defesa, encargo que não se desvencilhou satisfatoriamente, uma vez que a sua testemunha declinou carga de trabalho diversa da mencionada na contestação.

Obtempera, também, que as declarações da sua testemunha não são contraditórias e que os “eventos listados às fls. 08/09 da inicial e comprovados através dos documentos acostados aos autos, em especial DOC.06, comprovam o labor (...) em sobrejornada”, inclusive em horário noturno, fl. 436.

Com efeito, é fato notório que a ré possui mais de 10 (dez) empregados, de sorte que estava obrigada a apresentar os cartões de ponto, nos moldes do que estabelece o §2º do art. 74 da CLT, o que não fez.

Incide, portanto, o entendimento traçado no item I da Orientação Jurisprudencial nº 338 do c. TST, segundo a qual a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa da veracidade da jornada de trabalho, **a qual pode ser elidida por prova em contrário.**

No entanto, penso que a reclamada se desvencilhou satisfatoriamente do seu encargo probatório, conforme se lê das declarações da testemunha Antônio Oliveira da Silva, in verbis:

“(…) que o depoente tem flexibilidade de horário, assim como o reclamante; que não há fiscalização de horário; que o horário de entrada do depoente é às 8:30h, mas o depoente, ante a flexibilidade, chega as 9:30/10h; que o depoente deve cumprir suas atribuições até as 13:30, que é o horário de fechamento; que a partir de tal horário o depoente está livre; **que o reclamante tinha a mesma carga horária de estagiário, das 8:30h às 13:30h; que a partir de tal horário, o reclamante não trabalhava mais; que às sextas-feiras o trabalho se estendia até as 15h/15:30h, porque a redação não funciona nos sábados;** que aos domingos a redação funciona, mas toda a equipe que trabalhava na parte de cultura não comparecia, porque o

material de trabalho da semana era colhido antecipadamente”, fl. 312, os destaques não são dos originais.

Observe-se, ainda, que, diversamente do que advoga o reclamante, a jornada descrita pela testemunha está em consonância com os termos da defesa que sustentou que ele, no período não prescrito, laborava das 08h às 13h, de segunda a sexta-feira, fls. 317/318.

Além disso, as declarações da sua testemunha foram frágeis e visaram beneficiá-lo.

Decerto. A testemunha Hélio Henrique Bastos Farias Rocha, sem ser indagado, respondeu que “quando retornava o reclamante estava terminando o seu serviço, ou melhor, estava fazendo edição que nem era seu serviço, pois era apenas repórter; que depoente e reclamante não são amigos íntimos.” Em seguida, asseverou que “havia fiscalização do horário de chegada, mas não havia horário de saída; que trabalhou com o reclamante no turno da manhã; que para os que trabalham no turno da manhã, em média, o horário de saída era às 14h, mas se houvesse matéria para ser fechada eles ficariam; que isso acontecia com o reclamante; (...) que iniciou pela tarde, em 2004, trocando para o turno da manhã em 2006, mais ou menos, sendo que retornou para o turno da tarde seis meses depois, mais ou menos, no qual ficou até o início de 2010; que no turno da tarde o depoente sempre retornava a redação, sendo que na maior parte das vezes encontrava o reclamante; que não sabe quem ocupava a função de editor de cultura na época; que o depoente acha que o Sr. Antônio Oliveira era editor, mas não tem certeza; que não sabe dizer se o Sr. Antônio Oliveira era a pessoa que passava as tarefas para o reclamante”, fl. 313.

Pois bem; diante das contradições das declarações da referida testemunha de que encontrava ordinariamente o autor no final da tarde, a n. Juíza a quo procedeu à acareação dos testigos.

A testemunha da reclamada confirmou, então, a “flexibilidade do reclamante para os horários de entrada e saída; que informa que, ocasionalmente, o reclamante permanecia na redação após às 13:30h; que no último ano, o reclamante chegava mais tarde por volta das 10h, inclusive porque estava desinteressado e pedindo para sair”.

A testemunha do reclamante, no entanto, afirmou que não tinha “como afirmar se a flexibilidade relatada pela primeira testemunha existe ou não existe na editoria de cultura, pois, de fato, sua editoria é separada e diferente”, fl. 314.

Ora, diante de tal quadro fático, não vejo como conferir maior credibilidade às declarações da testemunha do autor, uma vez que **sem ser indagado** afirmou que, ao retornar à redação, encontrava o reclamante fazendo serviço que não era o seu e que não eram amigos íntimos.

Conforme registrou, com absoluta correção a n. magistrada a quo, “a primeira declaração demonstra ânimo de provar o exercício pelo autor da atividade de editor, questão controversa que não estava sendo abordada naquele momento. A segunda declaração demonstra preparação do testigo para negar a condição de amizade, o que restou patente ante a sua colocação totalmente fora do contexto”, fl. 372.

Além disso, a testemunha do reclamante afirmou desconhecer fatos importantes da lide porque não soube dizer o nome da pessoa que passava as tarefas para o autor, muito menos se havia flexibilidade de horário porque, segundo disse, laborava em editoria separada e diferente.

Registre-se, ainda, que os documentos mencionados pelo autor não provam o labor em sobrejornada, muito menos em horário noturno, uma vez que são meras cópias de matérias jornalísticas.

Veja-se, a título de exemplo, a matéria de fl. 216 referente à Banda Asa de Águia atinente a um show realizado na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro.

Ela prova apenas que a matéria jornalística foi feita pelo reclamante e não que ele teria comparecido ao local onde aconteceu o show (Rio de Janeiro) e ali permaneceu após às 22h.

Quanto ao e-mail de fls. 211/212, a e. Juíza de primeiro grau considerou que ele comprovava o labor em sobrejornada e em horário superior às 22h, deferindo em favor do reclamante, as horas extras e

o adicional noturno, conforme se vê às fls.373 e 427, donde se conclui que, no particular, ele não tem interesse em recorrer.

Assim, com base nas declarações da testemunha da ré, reputo correta a sentença recorrida que considerou que o reclamante laborava das 08h30min às 13h30min, de segunda a quinta-feira e, das 08h30min às 15h30min, às sextas-feiras, donde se conclui que o intervalo entre duas jornadas de 11h era respeitado.

A sentença recorrida deferiu, ainda, com base no e-mail apresentado pelo reclamante, as horas extras de um sábado e de um domingo, fl. 373.

Penso, contudo, que o deferimento de um único sábado e de um domingo durante todo o vínculo não está em consonância com a prova produzida em juízo, inclusive a arrolada pela ré.

Justamente porque a testemunha da reclamada relatou que “o labor aos domingos era feito ocasionalmente, a exemplo de quando ocorria a morte de algum artista, como Dercy Gonçalves; (...) que o reclamante não cobria eventos em todos os sábados; que não tem como dizer uma média semanal de cobertura de eventos pelo reclamante, porque mais se recorda do reclamante negociar para não cobrir os eventos; que, por preferência, o reclamante cobria os eventos de rock, enquanto os outros cobriam os eventos de axé; (...) que nos dois últimos anos do contrato do reclamante, era ele que fazia a cobertura dos eventos, cabendo observar que a cobertura de eventos era esporádica”, fl. 312.

Infere-se, portanto, das declarações supra que, apesar de ser esporádico, havia labor aos sábados e domingos em quantidade superior à fixada pela n. Juíza de primeiro grau (01 dia apenas), o que deve ser apurado em liquidação por artigos.

Quanto ao intervalo para repouso e alimentação, o apelo do autor também tem procedência porque a ausência da sua concessão integral traz como consequência o pagamento do período **total** e não apenas os 30min restantes, conforme deferiu a sentença farpeada.

Decerto. Nos termos do § 4º do art. 71 da CLT, quando o intervalo para repouso e alimentação não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A Súmula n. 437 do c. TST, de seu turno, assim dispõe, textualmente:

“I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

(...)

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.

A desobediência ao que estabelece o § 4º do art. 71 da CLT traz, portanto, como consequência, o pagamento integral do intervalo mínimo não concedido.

Em face da sua habitualidade, a verba se incorpora à remuneração do empregado gerando reflexos no repouso semanal remunerado, nas férias +1/3, no 13º salário e no FGTS.

Por tais razões, provejo parcialmente o apelo do reclamante para deferir as horas extras aos sábados e a dobra dos domingos que serão apurados em liquidação articulada, assim como deferir 01h decorrente

da não concessão integral do intervalo intrajornada, bem como seus reflexos no repouso semanal remunerado, nas férias +1/3, no 13º salário e no FGTS.

ADICIONAL POR ACÚMULO DE FUNÇÕES – LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

A sentença recorrida deferiu, também, o adicional por acúmulo de funções de jornalista/repórter com a de editor a partir de 2006, sob o fundamento de que a reclamada sequer negou tal fato, invocando, para tanto, o art. 302 do Código de Ritos.

No entanto, remeteu para liquidação articulada a prova do salário do editor.

Inconformado com esta decisão, advoga o reclamante que se é incontroverso o acúmulo de função pelo exercício concomitante das funções de jornalista/repórter e de editor, também o é o fato mencionado na vestibular de que a remuneração deste último era 150% superior a sua.

Assiste-lhe razão. Justamente porque a reclamada não contestou o fato de que o reclamante laborava concomitantemente como jornalista/repórter e editor e que o salário deste último era 150% superior ao seu, devendo, por isso mesmo, prevalecer tais declarações.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL – AUSÊNCIA DE PEDIDO PRINCIPAL

A sentença recorrida examinou a questão nos seguintes termos:

“Como não há contestação ao fato de que o reclamante exerceu a função de editor, impõem-se deferir equiparação salarial apenas a partir de janeiro de 2009. Assim, as parcelas deferidas nesta sentença para o período de janeiro a março de 2009 devem ter como base de cálculo o salário de R\$1.949,90. Observo que não houve pedido de pagamento de diferença de salário, restando o juízo impedido de deferir-la, sob pena de proferir sentença extra petita”, fl. 378.

Inconformado com esta decisão, sustenta o reclamante que “ao requerer a aplicação do disposto no art. 461, da CLT, por certo, o recorrente requereu as diferenças salariais a que faz jus. Do contrário, a simples declaração do direito, como fez a Juíza de nada valeria. Tanto faz jus às diferenças salariais que lhe foi deferido o pagamento dos reflexos decorrentes da equiparação sobre as verbas deferidas no comando sentencial”, fl. 442.

O apelo, também aqui, encontra eco.

Precisamente porque o reclamante postulou, em sede de aditamento, a **equiparação salarial** a paradigma Lívia Veiga, fl. 305, o que inclui, evidentemente, as diferenças salariais daí decorrentes.

Além disso, em sendo mantida a sentença a quo, ter-se-ia uma situação inusitada porque seriam indeferidas as diferenças salariais – parcela principal – e deferidas as acessórias.

INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Postulou, ainda, o reclamante a indenização por danos morais, sob o fundamento de que “ao obrigar o empregado a buscar na Justiça do Trabalho a solução para recebimento daquilo que lhe é de direito, se constata o intento do empregador, que outro não é senão o de obter vantagens próprias em detrimento do direito alheio, ganhando tempo para o pagamento das verbas rescisórias, formulando acordo de menor valor, sonogando direitos trabalhistas, tributários e previdenciários”, fl. 18.

A mera circunstância de não terem sido pagas as parcelas rescisórias não autoriza, a meu sentir, o deferimento de indenização por danos morais, uma vez que não houve violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal que protege “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Com efeito, é necessário que se adote uma postura extremamente cuidadosa diante dos casos que podem vir a causar dano moral, sob pena de banalização do seu reconhecimento que em nada beneficia as reais situações em que ele realmente ocorre.

Não ficou, no caso de que se cuida, provado que a conduta do empregador se revestiu de gravidade suficiente para ofender direitos personalíssimos do empregado, como por exemplo, a sua honra, imagem, o nome etc., razão por que não lhe é devida qualquer indenização.

MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC

Reage, enfim, o reclamante contra o indeferimento da multa prevista no art. 475-J, do CPC.

A pretensão não tem procedência, contudo.

Penso, assim como o n. Desembargador Cláudio Brandão, que a regra do art. 475-J, do Código de Ritos, é plenamente compatível com o processo do trabalho, seja porque, no particular, há omissão da CLT, que não trata da penalidade, atraindo, assim, o disposto em seu art. 769; seja, ainda, em razão de o princípio constitucional da duração razoável do processo não apenas permitir, como também exigir do julgador a aplicação de normas que visem à efetiva prestação jurisdicional, que é a entrega, por inteiro, daquilo que se pediu - e deferiu, mormente em se tratando de créditos de natureza alimentar.

Neste quorum de julgamento, contudo, tal posição é minoritária, razão pela qual fico vencida, no particular, tendo em vista que a maioria dos integrantes desta e. Turma não reconhece a aplicabilidade da norma no âmbito do processo do trabalho.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso do reclamante para: a) deferir horas extras aos sábados e a dobra dos domingos que serão apurados em liquidação articulada; b) conceder 01 hora decorrente da não concessão integral do intervalo intrajornada, bem como seus reflexos no repouso semanal remunerado, nas férias +1/3, no 13º salário e no FGTS; c) fixar a base de cálculo do adicional por acúmulo de função em 150% da última remuneração pelo autor; e d) deferir as diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial. No ensejo, fixo o quantum debeat em R\$137.572,77, sendo o crédito líquido do reclamante, atualizado até 01/02/2013, igual a R\$106.844,82, já com a dedução dos descontos relativos ao INSS, conforme planilha anexa que integra a decisão.

Isto posto, acordam os desembargadores da 2ª. turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, unanimemente, rejeitar a preliminar de não-conhecimento do apelo por ofensa ao princípio da dialeticidade, por falta de interesse recursal e inépcia da peça recursal. E, ainda, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso da reclamada para excluir da condenação o FGTS sobre o aviso prévio. e, ainda, por maioria, dar provimento parcial ao recurso do reclamante para: a) Deferir horas extras aos sábados e a dobra dos domingos que serão apurados em liquidação articulada; b) Conceder 01 hora decorrente da não concessão integral do intervalo intrajornada, bem como reflexos no repouso semanal remunerado, nas férias +1/3, no 13º salário e no FGTS; c) Fixar a base de cálculo do adicional por acúmulo de função em 150% da última remuneração pelo autor; e d) Deferir as diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial; no ensejo, fixa-se o quantum debeat em r\$137.572,77, sendo o crédito líquido do reclamante, atualizado até 01/02/2013, igual a r\$106.844,82, já com a dedução dos descontos relativos ao inss, conforme planilha anexa que integra a decisão. Vencida a desembargadora relatora que também dava provimento ao apelo para deferir a multa prevista no art. 475-J do CPC //

RECURSO ORDINÁRIO N° 0000513-72.2012.5.05.0651**RECORRENTE:** UNIÃO FEDERAL**RECORRIDA:** BRASILAGRO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLASDesembargadora
DALILA ANDRADE

REVELIA DO ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA INAUGURAL. De acordo com o art. 1º, da Instrução Normativa de n. 27/05, do TST "As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento". Significa dizer, portanto, que a ação anulatória está sujeita ao rito ordinário previsto na CLT e não às regras do CPC, donde se conclui que a ré estava obrigada a comparecer à audiência inaugural, em face do que dispõem o art. 843, da CLT e o item I, da Súmula de n° 74, do c. TST, onde deveria apresentar defesa. A sua ausência configura revelia com os efeitos daí decorrentes, mesmo se tratando de ente público, à luz da Orientação Jurisprudencial de n° 152, da SDI-I do c. TST.

ACÓRDÃO
(2ª Turma)
Recurso Ordinário
n° 0000239-53.2011.5.05.0034

AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ELISÃO. O auto de infração elaborado por Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho goza de presunção de legitimidade, um dos atributos do ato administrativo. Tal presunção, contudo, não é absoluta, mas sim relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do suposto infrator.

UNIÃO FEDERAL, nos autos de n.º **0000513-72.2012.5.05.0651RecOrd** em que litiga contra **BRASILAGRO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS**, inconformada com a sentença de fls. 3412/3423 complementada pela de fls. 3436/3437 que julgou **PROCEDENTES EM PARTE** as pretensões formuladas na ação anulatória, interpõe, dentro do prazo legal, **RECURSO ORDINÁRIO**, pelos motivos expendidos às fls. 3444/3465. Contrarrazões às fls. 3470/3496. O Ministério Público do Trabalho exarou parecer no sentido do desprovisionamento ao apelo, fls. 3499/3500. Não foi designado Desembargador Revisor, em face da alteração do caput e do § 1º do art. 135 do Regimento Interno desta Corte, por meio da Resolução Administrativa n.º 57/2009.

É o Relatório.

VOTO**PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS**

Suscita-a a recorrida, sob o fundamento de que o MM. Juízo arbitrou em R\$15.000,00 (quinze) mil reais o valor da condenação, sendo, por isso mesmo, inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, o que, no seu sentir, redundaria no não-conhecimento do apelo, à luz do §2º, do art. 475, do CPC e da Súmula de n° 303, do c. TST.

A preliminar não viceja, contudo.

Justamente porque o fato de a condenação ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos autoriza o não-encaminhamento da remessa ex officio, como fez o n. Juiz de primeiro grau à fl. 3436 e não o desconhecimento do recurso voluntário interposto pelo ente público.

Aliás, o artigo e a súmula mencionados pela recorrida tratam de remessa ex officio e não de recurso voluntário interposto pelas partes.

REJEITO, pois, a **PRELIMINAR**.

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO APELO POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Pugna a recorrida, ainda em sede de preliminar, pelo não-conhecimento do apelo porque, segundo diz, "é indispensável, para o conhecimento do recurso interposto, que o procurador comprove, ao menos, a sua condição como advogado integrante do quadro funcional do Estado por meio da indicação de sua matrícula de procurador", fl. 3470 v.

A preliminar, mais uma vez, não prospera.

Justamente porque o apelo foi subscrito pelo Procurador-Chefe da União no Estado da Bahia - Dr. Maximilian Torres Santos de Santana - e pelos Advogados da União - Drs. Ana Regina de Andrade Freitas Martins e Luís Roberto Ribeiro Costa Cruz, conforme se verifica às fls. 3444 e 3465.

Pois bem; a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo por seus procuradores, estão dispensados da juntada de instrumento de mandato, nos termos da Orientação Jurisprudencial de nº 52, da SBDI-1 do c. TST.

]

Tal entendimento decorre do princípio da presunção de legitimidade dos atos públicos, sendo desnecessária a indicação do número da matrícula na OAB ou na Advocacia da União ou ainda a apresentação do ato de nomeação dos subscritores do apelo.

Além disso, os e. Advogados da União se submeteram a concurso público e suas nomeações foram publicadas no Diário Oficial, o que confere ampla publicidade ao ato, sendo, em tese, de conhecimento público.

Por tais motivos, **REJEITO** também esta **PRELIMINAR**.

MÉRITO

REVELIA DA UNIÃO – ANULAÇÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Sustenta a recorrente que apresentou, de forma tempestiva, contestação acompanhada de diversos documentos, refutando as alegações contidas na presente ação anulatória, mas, apesar disso, o e. Juiz a quo decretou a sua revelia com a consequente pena de confissão.

Disse que o n. Juiz de primeiro grau foi mais além ao afirmar que ela teria abandonado a causa, agido com reprovável desídia, determinando, por isso mesmo, o encaminhamento de ofícios ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União para os devidos fins.

Insiste a recorrente na tese de que não é revel porque apresentou contestação e que "*embora conste à fl. 1775 certidão da técnica Judiciária Karla Rodrigues da Silva (...) encaminhando notificação (...) para comparecer a audiência do dia 01/08/2012, sob pena de julgamento da ação à revelia (...), além da pena de confissão, o certo é que o comando posterior revogou implicitamente o ato ordinatório de fl. 1775, quando determinou a apresentação da contestação, no prazo de lei, impondo as mesmas cominações legais*", fl. 3449.

Não lhe assiste, contudo, razão.

Com efeito, de acordo com o art. 1º, da Instrução Normativa de n. 27/05, do c. TST "*As ações ajuizadas*

na Justiça do Trabalho tramitarão pelo **rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho**, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento", destacou-se.

Significa dizer, portanto, que a ação anulatória está sujeita ao **rito ordinário previsto na CLT** e não às regras do CPC, donde se conclui que a ré estava obrigada a comparecer à audiência inaugural, à luz do art. 843, da CLT e do item I, da Súmula de n° 74, do c. TST, mas assim, contudo, não procedeu, conforme se vê à fl. 3403.

Anote-se, ainda, que o fato de a União haver apresentado defesa em nada altera a decisão, uma vez que o Processo Trabalhista possui rito próprio, em que os atos processuais devem ocorrer em audiência, em respeito aos princípios da concentração, oralidade, celeridade e informalidade.

E mais: o fato de o e. Juiz haver determinado que a recorrente apresentasse contestação no prazo legal, fl. 1778, não revogou a notificação anteriormente expedida de que teria comparecer à audiência inaugural, fl. 1775.

E, quanto à contumácia da recorrente, invoco, no particular, a Orientação Jurisprudencial de n° 152, da SDI-I do c. TST, que dispõe que a "*Pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT*".

E nem poderia ser diferente, sob pena de configurar ofensa ao princípio da igualdade de tratamento, uma vez que as pessoas jurídicas de direito público, na Justiça do Trabalho, são beneficiadas pelos privilégios especificados no Decreto-Lei n. 779/69 e dele não consta a impossibilidade de aplicação da revelia aos entes federativos.

Por tais motivos, mantenho a sentença recorrida que decretou a revelia da recorrente com lastro no art. 844, da CLT, na Súmula de n° 74, e na Orientação Jurisprudencial de n° 152 da SDI-I, ambos do c. TST.

EFEITOS DA REVELIA - NULIDADE DA INSPEÇÃO JUDICIAL

Assinala, ainda, a União que o n. Juiz de primeiro grau desprezou o TAC firmado pela recorrida com o MPT "em que a empresa autuada se comprometeu a pagar todas as rescisões dos trabalhadores que se encontravam em situação degradante, inclusive indenizações por danos morais, sejam as melhorias realizadas transporte para retornar as suas cidades de origem, no estado do Maranhão, na fazenda fiscalizada arrendada ao Recorrido para fins de exploração de atividade agrícola", fl. 3450.

Obtempera, de outra quadra, que apesar de o n. Juiz de primeiro grau reputar lícita a terceirização firmada entre a recorrida e as empresas Luís Miller Transporte ME e Corsato Agrícola Ltda., o contrato social e os documentos que acompanham o relatório revelam que a intermediação foi fraudulenta.

Diz, de outro vértice, que a fiscalização *in loco* constatou que os empregados, aparentemente vinculados às empresas Luís Miller Transporte Me e Corsato Agrícola Ltda. eram, na verdade, empregados da recorrida e foram submetidos a uma série de privações a seus direitos que redundaram na lavratura de 33 (trinta e três) autos de infração, como, por exemplo, deixar de manter áreas de vivências que possuam condições adequadas de conservação, asseio e higiene, não disponibilizar, no ambiente de trabalho, água potável em quantidade suficiente, manter instalações elétricas com risco de choque elétrico, deixar de fornecer equipamentos de proteção etc.

Advoga, por fim, que a inspeção judicial violou o parágrafo único, do art. 442, do CPC, uma vez que não participou da realização da prova.

O apelo, também aqui, não encontra eco.

Os efeitos da revelia, por si sós, já seriam suficientes para julgar procedente a presente ação anulatória, reputando regular a terceirização entre a recorrida e as empresas Luís Miller Transporte ME e Corsato Agrícola Ltda., em face da confissão ficta em que incorreu a recorrente.

No entanto, apesar da revelia, o e. Juiz foi além, uma vez que deferiu a realização de inspeção judicial, assim como procedeu à oitiva da autora e das suas testemunhas, conforme se vê às fls. 3403/3405.

A conduta do n. magistrado, no lugar de críticas, merece elogios porque em vez de encerrar a instrução processual, em decorrência da revelia da União, preferiu – em face do interesse público envolvido – averiguar, in loco, as condições da fazenda.

Decerto. A sentença, tanto quanto possível, deve alicerçar-se na prova real e não na confissão ficta, principalmente quando são debatidas questões de alta complexidade como é a hipótese sub judice, em que se discute a submissão de trabalhadores a condições análogas a de escravo, a responsabilidade da tomadora em casos tais e a licitude da terceirização.

Observe-se, ainda, que não houve qualquer moessa ao parágrafo único do art. 442, do CPC, como sustenta a recorrente, uma vez que o n. Juiz de primeiro grau realizou a inspeção **logo após** a audiência, donde se conclui que a recorrente dela não participou porque não estava presente à assentada.

Não se pode, ainda, esquecer que, de acordo com o parágrafo único, do art. 322, do CPC, “*o revel poderá intervir em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra*”, o grifo não é do original.

Além disso, não detecto qualquer irregularidade no procedimento do n. magistrado, que requisitou a aeronave e os carros da empresa/autora para realização da diligência, em face do que estabelecem o art. 440 e o inciso I, do art. 442, do CPC.

Pois bem; realizada a inspeção judicial, o n. Juiz a quo não constatou as condições irregulares noticiadas nos autos de infração, conforme abaixo se lê:

“Lá chegando, visitou-se a frente de trabalho que operava no talhão 312. Constatou-se a presença de um técnico de segurança Gilbert Vagner de Souza Santos e de dois encarregados de campo, todos empregados da autora Brasilagro; **havia ainda dois operadores de máquina: Evaldo e Aguiar Silva operava o trator que conduzia a carreta de vivência, consistente em um ambiente para abrigo de intempéries, kit de primeiros socorros, depósito de EPIs, sanitários, refeitório com mesas e cadeiras, gerador de energia elétrica e reservatório de água encanada potável, refrigerada. Após, foi visitado o refeitório da área de convivência em alvenaria e telhado de alvenaria com manta isolante térmica e forro de madeira nobre, há 19 km desse talhão. Constatou-se salão de refeições novo e em ótimas condições, com ar condicionado, televisão; anexo ao salão, visitaram-se salas de preparo de alimentos, dispensa de produtos secos e dispensa com freezer, sala para nutricionistas, área de lavagem de louças isolada da área de preparo de mantimentos e varandas com lavatórios de mãos e bebedouro com água refrigerada. Em seguida, foi visitado o alojamento de empregados de terceirizados, com quartos, armários e beliches. Havia também um banheiro, com mictórios, vasos sanitários, lavabos equipados e chuveiros com água quente e fria.** Visualizou-se casa dos empregados, sem nelas adentrar. Por fim, conheceu-se o escritório, verificando-se que havia arquivos de documentos trabalhistas e previdenciários dos empregados da autora e de terceirizados”, fl. 3404, os destaques não são do original.

Além disso, o n. magistrado ouviu as testemunhas arroladas pelo autor, cujos depoimentos abaixo transcrevo:

“que trabalhou uns 15 dias para Luis Muller em 2011, parando quando o Ministério do Trabalho chegou e parou o nosso serviço; (...) que Luis Muller era quem escolhia o local em que os trabalhadores ficavam alojados; que durante a fiscalização de 2011, 5 empregados da Luis Muller estavam em um hotel e mais cerca de 18 estavam em uma casa, todos em Vila Treviso, perto da propriedade; que o trabalho dos empregados limitava-se à cata de raízes; que a Luis Muller, quando terminava de cumprir contrato com a Brasilagro, ou dispensava seus empregados ou continuava no trabalho com cata de raízes para outra empresa ou no corte de cana; que o depoente descontinuou o trabalho nos períodos entre 2006 e 2008 e de 2008 para 2009, porque trabalhou para “outro”, e não sabe dizer para quais empresas a

Luis Muller prestou serviços; **que em 2011 havia água fresca para os empregados beberem, porque cada um tinha uma garrafa térmica de 5 litros e podiam encher na pensão, fornecida pela Luis Muller; que, como o trabalho da cata de raízes é manual, utilizando-se as duas mãos, havia o habito de carregarem água em garrafa de refrigerante de plástico junto para ficar “mais maneiro”;** que a empresa fornecia luva, botina, caneleira, máscara, touca árabe para proteger do sol, óculos; que todo mundo usava os EPIs, porque ajudavam a trabalhar, evitando picada de cobra, efeitos do sol e da poeira; que o transporte dos trabalhadores para o trabalho era feito por meio de ônibus da Luis Muller; que saíam 6h da manhã, iam para a pensão tomar café da manhã, enchiam as garrafas de água e saíam para o serviço, chegando 7h20 na área de cata; que paravam cerca de 11h para almoçar até o meio dia; que trabalhavam até 15h e voltavam para o alojamento; que à noite buscavam quem queria para jantar no mesmo restaurante; **que, se alguém quisesse não continuar o trabalho, era regularmente desligado e tinha os pagamentos feitos; que não havia também nenhum cerceamento da liberdade na fazenda e “se quisesse ir embora, a gente trazia”;** que reconhece seu nome na lista a fls. 180, nº 17; que os 30 nomes da lista trabalharam para Luis Muller; **que todos os empregados da Luis Muller fizeram exame médico antes de trabalhar em Posse, GO, e havia prévio registro na CTPS; que não havia salário atrasado;** que a Brasilagro mostrava o campo onde teriam de ser retiradas as raízes e, a partir daí, quem dava as ordens e orientava o trabalho dos catadores era o depoente; que os empregados da Luis Muller eram formados por alguns que já tinham trabalhado pela empresa; que muitos vinham para trabalhar e traziam parentes quando sabiam que havia uma nova frente de trabalho; que os parentes vinham porque “de certo” ganhavam melhor do que no local de onde morava; que, considerando que o empregado trabalhava por mais de seis meses na Luis Muller, depositava o FGTS e pagava a multa, o trabalhador ainda tinha direito ao seguro desemprego, o que atraía essas pessoas para o trabalho; que no dia da fiscalização o depoente já estava com sua CTPS registrada e não sabe dizer de nenhum outro colega que tivesse a CTPS retida para anotação; **que os empregados que vieram do Maranhão assim o fizeram por livre e espontânea vontade, por meio de transporte público regular;** que o escritório central da empresa Luis Muller ficava em Igarapava, SP”, testemunha José Carlos dos Santos, fl. 3405.

“que trabalha como coordenador de segurança do trabalho desde 2010; que as funções do depoente consiste em coordenar todos os técnicos em cada fazenda; **que os técnicos de segurança exigem documentos da empresa terceirizada e dos respectivos empregados; que, da primeira, exige: recolhimentos do FGTS, CAGED, relação SEFIP e outros dos quais não se lembra; que, dos últimos, exige: ficha de registro de empregado, registro da CTPS, prova do fornecimento gratuito de EPIs, atestados de saúde ocupacional;** que na época da fiscalização não havia obrigação de a Brasilagro manter CIPATR porque não tinha mais de 20 empregados; que hoje também não tem mais de 20 empregados; que mesmo na época de safra a Brasilagro não soma os terceirizados como seus empregados para fins de exigência de CIPA porque “não existe uma CIPA coletiva”; que a Brasilagro já tinha PPRA desde 2010, avaliando os riscos e perigos para cada função, fazendo-se análise qualitativa e quantitativa e controles de proteção; que não há trabalhos nas fazendas da requerente aos domingos; que não existe operação na empresa em feriados nacionais” testemunha José Luiz dos Santos Mendes, fls. 3405v/3406, os destaques não são dos originais.

Ora, os autos de infração elaborados por Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho gozam de presunção de legitimidade, um dos atributos do ato administrativo. Tal presunção, contudo, não é absoluta, mas sim relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do suposto infrator.

É o caso dos autos em que o autor se desvencilhou satisfatoriamente do seu ônus de desconstituir as supostas infrações contidas nos autos. Seja em face dos efeitos da revelia a que incorreu a ré. Seja em decorrência da inspeção judicial, das declarações das testemunhas ouvidas em juízo e das fotografias de fls. 3407/3410 que dão conta de que as condições de trabalho eram satisfatórias, uma vez que os alojamentos contêm armários e beliches, os banheiros são limpos, o mesmo ocorrendo com o refeitório, assim como era fornecida água potável e não havia cerceamento do direito de ir e vir dos empregados.

Embora tenha apresentado restrição aos fundamentos relacionados aos efeitos da revelia decretada contra o ente público, o Exmº Desembargador Renato Simões traz voto convergente ao quanto aqui

decidido, verbis:

"Acompanho o voto, pois a prova produzida nos autos, inclusive com o extremo cuidado da inspeção realizada pelo próprio juiz, desautoriza o procedimento fiscal. Ressalto ainda que não tem o auditor fiscal do trabalho competência para descaracterizar vínculos formalmente estabelecidos pelas partes, arvorando-se a julgador do contrato realidade existente, tarefa atribuída apenas e exclusivamente ao poder judiciário, que vela, na dicção do direito, pelo devido processo legal, amplo poder de defesa e o efetivo direito ao contraditório".

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Isto posto, acordam os desembargadores da 2^a. turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5^a Região, unanimemente, rejeitar as preliminares de não-conhecimento do recurso. No mérito, ainda à unanimidade, negar provimento ao recurso. restrições de fundamento do Exm^o Desembargador Renato Simões, no que toca aos efeito da revelia aplicada ao ente público.

RECURSO ORDINÁRIO N° 0000310-90.2012.5.05.0011

RECORRENTE(s): Rosangela Silva Araújo dos Santos e Bompreço Bahia Supermercados Ltda.

RECORRIDO(s): Os mesmos

INDENIZAÇÃO POR USO DE IMAGEM. UTILIZAÇÃO DE LOGOTIPO EM FARDAMENTO DE EMPREGADOS. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO.

A concessão de vestuário pelo empregador, nos termos do art. 458, §2º, I, da CLT, afigura-se como utilidade necessária para o desempenho das atividades cotidianas. No entanto, tal fornecimento não o autoriza a utilizar o corpo do seu empregado como veículo de propaganda. É fato que nos supermercados transitam diariamente milhares de pessoas. Logo, a utilização de camisetas, pelas pessoas que trabalham neste supermercado, contendo marcas, resulta na divulgação desta entre todos os que circulam diariamente no estabelecimento. Caracteriza-se, portanto, em propaganda, com objetivos comerciais, veiculada através do corpo do empregado que nada está a ganhar por isso. O fato de a imagem do trabalhador usando as referidas camisas não aparecer na grande mídia não modifica esta conclusão. Naquele espaço onde circula está a divulgar os produtos que constam da referida camiseta. Há, pois, uso da imagem do trabalhador, sem a sua expressa autorização, para fins comerciais. Tal utilização indevida gera sim o direito à indenização.

REVISTA AO EMPREGADO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO.

O procedimento de determinar a abertura de bolsas diariamente revela-se, nitidamente, discriminatório, o que afronta ao princípio da presunção de inocência assegurado no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna de 1988. Portanto, a revista atenta contra a dignidade e a intimidade do trabalhador, o que configura ato ilícito e constrangimento ilegal, ensejando, assim, o direito à indenização por dano moral.

ACÚMULO DE FUNÇÕES. CAIXA E EMPACOTADOR DE SUPERMERCADO.

A atividade de empacotar mercadorias não se encontra no plexo de atribuições do caixa de supermercados. Demonstrada a cumulação destas atribuições devido o plus salarial pelo acúmulo de funções.

ROSANGELA SILVA ARAUJO DOS SANTOS e BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., nos autos da reclamação trabalhista em que litigam entre si, recorrem ordinariamente da decisão de fls. 189/204, proferida pelo juízo da 11ª Vara do Trabalho de Salvador, apresentando suas razões às fls. 231/245 e 247/260, respectivamente.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamado às fls. 268/278 e pela reclamante às fls. 281/290.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora
LUÍZA LOMBA

ACÓRDÃO

(2ª Turma)

Recurso Ordinário

nº 0000310-90.2012.5.05.0011

VOTO

ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO RECLAMADO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - DESCONTO A TÍTULO DE ACATAMENTO IRREGULAR

Pugna o reclamado pela reforma da sentença, sob o argumento de que os valores descontados do contracheque da reclamante a título de "acatamento irregular" encontram-se legalmente cancelados.

Contudo, a sentença só determinou a restituição dos valores descontados a título de "líquido antecipado", "falta sem justificativa", "desconto intermédica fator moderador", "empréstimo cooperativa" e "compras e compras mês rescisão", não havendo discussão no processo acerca da parcela "desconto a título de acatamento irregular" como se depreende da leitura da causa de pedir, fls.04/05.

Destarte, porque os fundamentos do recurso não atacam a decisão, no particular, não conheço da insurgência.

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos, o da Reclamada nas matérias sobejantes.

MÉRITO

RECURSO DO RECLAMADO

De início destaco que o capítulo da sentença que trata das horas extras foi objeto de insurgência por ambas as partes, razão pela qual será tratado conjuntamente.

PLEITOS RELATIVOS À JORNADA DE TRABALHO. CARTÕES APÓCRIFOS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. VALIDADE DO BANCO DE HORAS.

Não se conforma a reclamante com a determinação judicial de aplicação da média das horas extras nos períodos não acobertados pelos cartões de ponto, embasando sua insurgência no instituto da confissão, bem como no art. 74 da CLT e súmula 338 do TST.

Chama a atenção que não foram juntados aos autos cartões referentes a 48 períodos, num universo de 58 meses trabalhados, mesmo com determinação judicial no sentido de apresentação dos controles de jornada.

Já o reclamado rebela-se em face do capítulo da sentença que entendeu pela descaracterização do acordo de compensação de jornada de trabalho da obreira.

Aduz que não há como conceber que o regime de compensação tenha sido descumprido, tendo em vista que decorre de livre pactuação entre sindicato obreiro e patronal.

Sustenta que da análise dos espelhos de pontos e fichas financeiras anexadas aos autos, forçoso perceber que todas as horas extras efetivamente prestadas lhe foram pagas ou compensadas. Afirma que, ao contrário do entendimento do juízo singular, quando não se beneficiou de folgas compensatórias, a reclamante recebeu a devida contraprestação pecuniária prevista na CCT da categoria.

Pede que seja reconhecida a validade do acordo de compensação e banco de horas, com improcedência das horas extras e consectários (fl.254-v).

No caso de manutenção da sentença, pugna pela aplicação da súmula 85, IV, do TST para que seja condenada apenas ao pagamento do adicional respectivo.

Ao exame.

É incontroverso que o reclamado contava com mais de 10 empregados em seus quadros. Portanto, nos moldes do art. 74, § 2º, da CLT, estava obrigado a adotar registro manual, mecânico ou eletrônico de jornada. Todavia, não trouxe aos autos tais documentos na sua integralidade, melhor dizendo, em sua grande maioria.

Verifica-se que o vínculo empregatício perdurou de 09.12.2005 a 12.12.2011 e a empresa só acostou aos autos 10 cartões de pontos (fls. 128/132), sendo que tais cartões ainda refletem a anotação de licença gestante e férias. Destarte, a não apresentação injustificada de muitos controles de jornada gera, pois, em relação a tal período, presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário (Súmula n. 338, I, do TST).

Vale dizer, existindo preceito de ordem pública que estabelece para as empresas com mais de uma dezena de empregados, a obrigatoriedade do registro manual, mecânico ou eletrônico das jornadas dos empregados, o empregador que se enquadra nessa categoria de empresas, ao alegar jornada distinta da declinada na exordial, atrai para si o ônus de provar documentalmente a jornada alegada, independentemente de determinação judicial nesse sentido, sob pena de presunção "iuris tantum" da jornada alegada pela autora no libelo.

Como o reclamado não produziu prova testemunhal para infirmar a presunção de veracidade que milita em favor da reclamante, deve ser condenado ao pagamento das horas extras com base na jornada indicada na exordial no período não acobertado nos cartões de ponto.

Os parâmetros para quantificação das horas extras já foram explicitados na sentença, levando em consideração os pedidos cautelares formulados na defesa.

Com relação ao período acobertado pelos cartões de ponto, observo que não há insurgência em relação aos horários de entrada e saída ali consignados, mas apenas em relação ao intervalo intrajornada cuja prova testemunhal demonstrou que era apenas de meia hora.

Nos controles de frequência que vieram aos autos, vê-se completo descumprimento do banco de horas, embora tal acordo de compensação tivesse sido encetado mediante negociação coletiva, o que é autorizado por lei. Com efeito, não havia folgas para compensar as horas extras prestadas, o que por si só já evidenciaria o descumprimento das normas pactuadas pela própria empresa ao adotar tal sistema de compensação. Ressalte-se que as folgas constantes nos cartões referem-se a trabalhos em domingos e feriados, e não à compensação pelo trabalho em sobrelabor.

Portanto, houve acordo formal, mas de fato a reclamante não teve a hora compensada, nem quitada na sua integralidade, mas paga a menor, o que se observa do cotejo das fichas financeiras com os cartões acolhidos como meio de prova.

O acordo de compensação encetado entre as partes é ineficaz. Logo, o salário pago não remunera as horas excedentes da 8ª diária porque elas não são compensadas. Consequentemente, o salário mensal só está a remunerar as 8 horas diárias e, portanto, assim como explicitou o juízo singular, penso que devem ser pagas como extraordinárias, ou seja, salário hora acrescido de adicional, as horas excedentes da 8ª diária, observado ainda o limite semanal de 44 horas, apuráveis nos cartões de ponto acostados aos autos.

Por fim, é de ser ressaltado que a Súmula n° 85 do TST não é aplicável em se tratando de banco de horas, como expressamente dispõe em seu enunciado.

Destarte, nego provimento ao recurso do reclamado, no particular, e provejo o recurso da reclamante para determinar que nos períodos não cobertos pelos cartões seja observada a jornada da inicial.

HORAS EXTRAS PAGAS/ DEDUÇÃO DA MÉDIA DAS HORAS EXTRAS PAGAS/ APLICAÇÃO DA OJ 415 DA SDI I DO TST

Quanto aos pedidos de dedução das horas extras, suas médias, bem como em relação à dedução de todas as horas extras constantes nas fichas financeiras, mesmo quando em valores superiores aos

efetivamente prestados, cumpre esclarecer que as fichas financeiras serão acolhidas como meio válido de prova, apesar de unilaterais, porque no caso concreto (fl. 177) a reclamante cingiu-se a alegar que tais papéis foram elaborados ao bel - prazer do reclamado, sem sua participação, sem atacar o conteúdo de tais papéis ou negar o recebimento dos valores nele consignados.

Observa-se que a reclamante não alegou que não recebeu os valores ali consignados, mas que tais fichas demonstrariam que não houve pagamento correto das horas extras, domingos, feriados e parcelas postuladas na inicial.

Logo, provejo parcialmente o recurso, para determinar sejam deduzidas as horas extras e médias já pagas, constantes nas fichas financeiras

Ressalto, todavia, que a eventual superioridade do valor pago em um mês não pode ser abatida em outro. Isto porque, tal excesso decorre do fato de haver, a empresa, reconhecido que, naquele mês, a empregada laborou em número de horas extras superior ao provado nos autos.

Não se pode presumir que a empresa pagou horas extras adiantadas, ou seja, antes mesmo de serem prestadas. Também não se pode presumir que tal pagamento a maior refere-se a meses anteriores, porque, se assim fosse, deveria existir expresso registro na ficha financeira .

DOMINGOS E FERIADOS

Postula a reclamante que NOS PERÍODOS NÃO ABARCADOS PELOS CARTÕES, seja reconhecida a jornada e horário descritos na inicial, inclusive em feriados e domingos.

Ao exame.

Considerando-se a jornada da inicial, observa-se que ficou evidenciado o labor em domingos e feriados no período não coberto pelos cartões de ponto.

Defere-se, neste lapso, o pagamento dos domingos e feriados e integração ao salário para efeito de diferenças de décimo terceiro salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio e FGTS acrescido de indenização de 40%.

Não reflexos no domingo no repouso semanal remunerado.

ACÚMULO DE FUNÇÃO

Inconformado com o capítulo de sentença que julgou procedente o pedido de pagamento de diferenças salariais em razão do acúmulo de funções, o reclamado ataca a decisão, sustentando que no seu âmbito não há quadro de carreira organizado, além de que, tanto a CTPS, como a ficha de anotações demonstram que a reclamante não acumulava funções.

Acrescenta que as atividades da reclamante eram desenvolvidas no mesmo local, horário e contexto da relação de trabalho, recebendo a reclamante o maior salário previsto para as funções apontadas.

Além disso, defende que as normas coletivas não prevêm o pagamento de adicional de função.

Por fim, alega que o juiz deferiu um adicional de 50%, e que houve quantificação da parcela até mesmo no período de licença gestante, que perdurou de outubro de 2009 a fevereiro 2010.

Ao exame.

Como é cediço o acúmulo de funções se configura quando imposto ao trabalhador atividade muito superior à sua condição pessoal, com maiores responsabilidades e exigências técnicas, acarretando desgaste ao trabalhador e enriquecimento sem causa do empregador. Também se configura acúmulo de função o exercício concomitante de atribuições absolutamente alheias às inerentes à função para a qual fora o trabalhador contratado. Tais situações resultam na quebra do caráter sinalagmático do

contrato de trabalho e na violação do princípio da equivalência das prestações.

In casu, uma vez negado, pelo reclamado o acúmulo de função (fl.49) – fato constitutivo do direito da autora – caberia a esta o ônus de prová-lo, a teor do que dispõe o art. 818, da CLT c/c o art. 333, I, do CPC.

Pois bem. A prova testemunhal (fl.184) revelou que as caixas também devolviam as mercadorias deixadas pelos clientes quando terminavam seu serviço ou quando o movimento era pequeno, além do empacotamento das referidas mercadorias, ressaltando que havia na loja uma empacotadora destinada a fazer o serviço de reposição de mercadorias.

Aqui, discute-se se a autora alienou sua força de trabalho de maneira desigual, prejudicial e em descompasso com os artigos 456, parágrafo único, e 460 da CLT.

Com efeito, consoante se percebe, a devolução de mercadorias deixadas nos caixas por clientes que desistem de levá-las (atividade executada pelas operadoras de caixa) não se assemelha à atividade de reposição de mercadorias, que, como de conhecimento geral, consiste em repor as mercadorias, retirando-as dos depósitos onde se encontram estocadas para colocá-las nas gôndulas correspondentes, ao tempo em que vão sendo adquiridas pela clientela.

Portanto, não se vislumbra o exercício de atividade incompatível com sua condição pessoal, porquanto a tarefa não exige, data venia, esforço ou desgaste diferenciado da empregada, além do que fora contratada e que era inerente à função de operadora de caixa.

No entanto, o mesmo não se pode dizer da atividade de empacotadora. Não se encontra no plexo de atribuições do caixa a obrigação de empacotar as mercadorias. Tanto isto é verdadeiro que as normas coletivas tratam o empacotador como função autônoma ao se reportar a piso normativo e trabalho do menor nesta atividade. Na prática, as empresas exigem a execução de tais atribuições pelo caixa com o único objetivo de evitarem despesas com a contratação de empacotadores, explorando a força trabalho dos caixas que são constantemente vitimados com doenças decorrentes da atividade repetitiva. Esta prática nefasta ainda causa transtorno aos clientes que enfrentam filas demasiadas enquanto esperam o caixa registrar e empacotar dobrando o tempo de atendimento por cliente.

Destarte, mantenho a sentença inclusive no que tange ao percentual fixado, porquanto, o salário do empacotador fixado em norma coletiva excede a 50% do salário do caixa.

Em relação aos cálculos que acompanham a sentença de primeiro grau, observa-se que houve quantificação do *plus* salarial de 50% até mesmo quando do afastamento da trabalhadora em razão de licença-maternidade, o que está correto, tendo em vista que, apesar de não ter trabalhado durante tal período, muito menos em regime de acúmulo de funções, deve ser prestigiado o princípio da irreduzibilidade salarial. Nota-se que, como tal valor não foi considerado pela empresa para efeito de salário maternidade a sua não inclusão no cálculo no que tange a este período importaria em redução salarial.

Portanto, se tais diferenças integraram o núcleo salarial da trabalhadora, estas não podem ser suprimidas em prejuízo da autora quando do seu afastamento.

Destarte, se o pedido formulado na inicial foi de pagamento de diferenças salariais decorrentes do acúmulo de função, o empregador deve suportar seu pagamento até mesmo durante a constância da percepção do auxílio-maternidade, porque tais diferenças não integraram o salário-de-contribuição do benefício previdenciário pago pelo INSS, implicando redução salarial quando do seu afastamento.

LANCHE/MULTA NORMATIVA/INDENIZAÇÃO PELO NÃO FORNECIMENTO

Busca o reclamado a reforma da sentença no capítulo em que deferiu o pleito de pagamento da indenização correspondente a não concessão do lanche, afirmando que sempre distribuiu o lanche normativo, mas que a reclamante não emitiu nenhum documento demonstrando que recebia o lanche.

Alude também que o pagamento do “almoço” englobava também tal lanche e que a consequência do

descumprimento da parcela seria o pagamento de multa, e não a indenização.

Por fim, ataca o valor arbitrado pelo a quo.

Ao exame.

As cláusulas que tratam da jornada de trabalho, nas normas coletivas adunadas aos autos, efetivamente estabelecem, no item "c", a obrigação de fornecimento gratuito de um lanche aos empregados que trabalharem extraordinariamente por mais de uma hora e meia.

O demandado, ao contestar, opôs fato extintivo do direito obreiro, qual seja, o fornecimento do lanche naquelas ocasiões, aduzindo, entretanto, que não havia qualquer recibo assinado pelo trabalhador, que simplesmente fruía do referido benefício.

Era ônus da empresa (art. 818, CLT, c.c. art. 333, II, CPC), e não da empregada, como aduz o recorrente, provar o fornecimento do lanche toda vez que a reclamante extrapolou a jornada em mais de uma hora e meia, da admissão até a despedida.

In casu, a testemunha assegurou que na empresa havia refeitório, mas que o reclamado não fornecia lanche.

Outrossim, não subsiste o argumento de que a parcela intitulada "almoço" já remunerava o lanche. Isto porque não se admite no ordenamento juslaboral qualquer paga de forma compressiva. Assim, diante da ausência de previsão em contrário, o pagamento sob a rubrica "almoço" não pode compreender também o pagamento de lanche.

Assim, não havendo se desvencilhado do ônus de provar a concessão do lanche, entendo devida a indenização substitutiva no valor de R\$ 3,00 por dia em que houve a extrapolação de labor habitual, já que razoável e proporcional.

Cabível a indenização substitutiva porque o não cumprimento da obrigação de entrega de coisa certa se resolve em perdas e danos.

Por outro lado incabível a multa normativa tendo em vista que esta só se refere a obrigação de fazer, e não de dar. Por estar sendo excluída a multa normativa, no particular, desnecessário o enfrentamento da alegação de violação à súmula 277 do TST, referente à incorporação das cláusulas normativas ao contrato de trabalho.

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Busca o recorrido a exclusão do adicional por tempo de serviço constante nos cálculos, sob o argumento de que o juiz singular julgou improcedente o pagamento de triênios.

Ao exame.

Sem razão. Embora tenha sido julgado improcedente o pedido de pagamento de triênios, observa-se que o juízo singular julgou procedente o pedido de diferenças salariais decorrentes do desvio de função com repercussão no adicional por tempo de serviço, o que foi quantificado em primeira instância.

Portanto, os cálculos não merecem reparos, no particular.

MULTA 477 DA CLT

Busca o reclamado que a multa do art. 477 seja quantificada tomando por base o valor do salário, tendo em vista que o juízo não determinou a integração de qualquer parcela salarial em sua base de cálculo.

Ao exame.

Nos termos do art. 477, §8º da CLT, a mora no adimplemento das verbas rescisórias assegura ao trabalhador o pagamento de multa em valor equivalente ao seu salário. Neste se integram as contraprestações pagas habitualmente bem como as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador, nos termos do art. 457, §1º, da CLT.

Observa-se que, *in casu*, a multa do art.477 da CLT considerou corretamente como base de cálculo o valor de R\$ 945,00 (fl.222-v), remuneração da reclamante, não havendo o que ser modificado, no particular.

REPERCUSSÕES DO INTERVALO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS OJ'S 380 e 381 do c.TST

Pugna o reclamado pela sumária exclusão dos reflexos sobre férias, natalinas, repouso semanal, rescisórias e FGTS em razão da condenação ao pagamento de intervalo.

Assevera que as integrações e reflexos decorrentes do intervalo são indevidas, tendo em vista a natureza indenizatória da parcela em epígrafe.

Paralelamente a isso, pretende que os intervalos sejam extirpados da base de cálculo do INSS e Imposto de renda.

Ao exame.

Quanto à integração é importante salientar que, muito embora entenda tratar-se de indenização, penso que ante a habitualidade com que a parcela é devida sofre, assim como os adicionais de periculosidade e insalubridade, a influência da força atrativa do salário passando a integrá-lo.

Embora com outro fundamento, ou seja, entendendo pela natureza salarial, outro não é o entendimento do TST que se encontra sedimentado na Súmula nº 437, III que assim dispõe:

"INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais."

Tal entendimento sumulado de que tal parcela possui natureza salarial respalda a incidência de contribuição social e imposto de renda sobre ela.

Dessa forma, mantenho a decisão investivada.

DIFERENÇAS DE REPOUSO

Pleiteia o reclamado que o repouso semanal remunerado seja quantificado utilizando-se o percentual de 16,67% sob o argumento de que havia um dia de descanso por seis de labor (1/6).

Ao exame.

A proporção fixada no art. 3º da Lei 605/49 presume a concessão de cinco dias - correspondentes a quatro domingos e um feriado, em média - de folga por mês. Nestes termos, divididos aqueles cinco dias pelo total de dias remunerados no mês - trinta - obtém-se 1/6.

Contudo, deve ser destacado que a impugnação em tela refere-se à quantificação das diferenças de repouso semanal remunerado em face da integração das horas extras, o que leva a contornos significativamente distintos. Neste caso, deve-se ter em mente que as horas referentes ao labor extraordinário remuneram apenas os dias efetivamente trabalhados, e não os dias de repouso.

Nos períodos não cobertos pelos cartões de ponto inválidos, foi reconhecida a jornada da inicial, que narra labor em todos os dias da semana.

Dessa forma, constatado o labor nos 30 dias do mês a razão a ser utilizada é de 30 dias de trabalho para 5 dias de repouso, portanto deve ser aplicado o percentual de 16,67% para o repouso remunerado e não, 20%.

Contudo, no período coberto pelos cartões, havia labor habitual de média de 25 dias no mês, de fato deve ser utilizado o percentual de 20% (=5/25).

Assim, provejo parcialmente o recurso, a fim de que nos períodos **não** cobertos pelos cartões de ponto seja aplicado o percentual de 16,67% no cálculo do repouso decorrente da integração das horas extras.

VALE-TRANSPORTE

Aduz o reclamado que a reclamante fez a opção pela percepção do vale transporte e que lhe foram fornecidos mensalmente na quantidade suficiente para o seu deslocamento nos dias de labor, bem como domingos e feriados.

Examino.

Vê-se que o demandado opôs fato extintivo do direito obreiro, qual seja, o fornecimento mensal dos vales-transporte. Assim, era ônus da empresa (art. 818, CLT, c.c. art. 333, II, CPC) provar o efetivo fornecimento do vale transporte, do qual não se desincumbiu.

Destarte, se desincumbido do seu ônus processual, insta manter a decisão a *quo*.

RECURSO DA RECLAMANTE

PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS – PPR

Insurge-se a reclamante em face da improcedência da PPR. Sustenta que a sentença está equivocada, haja vista que a parcela em apreço está fundada em norma interna carregada aos autos às fls. 17/30.

Alega também que o ônus de provar a existência de lucro é da empresa, bem como a regularidade de pagamento da PPR em 2009, 2010 e 2011.

Examino.

Segundo a narrativa da inicial a PLR foi paga a menor nos anos de 2009, 2010 e 2011. Explicitou a autora que, conquanto tivesse direito ao pagamento de um salário bruto por ano, só recebeu em 2009 o valor de R\$ 325,00; em R\$ 2010, o valor de R\$ 130,00; alegando não ter recebido nada em 2011.

O reclamado alegou fatos obstativos à pretensão obreira, fl.52, – pagamento (2009 e 2010) e não cumprimento de condições (2011). Era seguramente do empregador o ônus de provar suas alegações.

Observa-se, contudo, que a defesa não impugnou a alegação de que a PPR correspondia ao valor de um salário bruto por ano. Também não acostou aos autos lastro probatório a demonstrar a inexistência do direito à percepção da PPR 2011 pela obreira.

Isso porque, como detentor dos documentos demonstrativos do atingimento ou não dos parâmetros traçados para fins de percepção da verba perseguida, deveria o reclamado tê-los carregados aos autos, de modo a comprovar que a reclamante não faz *jus* a PPR.

Este entendimento decorre do princípio da aptidão para a prova, previsto no art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90), aplicável analogamente ao processo do trabalho, segundo o qual se deve atribuir o ônus da prova ao litigante que tenha melhores condições de provar o fato controvertido.

Não se desincumbindo deste encargo probatório a contento, posto não se inferir dos autos a inexistência do direito à percepção da PPR 2011 pela obreira, entendo devida a parcela em exame naquele ano. Deve ser a empresa condenada ao pagamento da diferença de um salário bruto da reclamante para R\$ 130,13, que já foi pago, conforme ficha financeira (fl.118).

Por outro lado, observa-se que a reclamante alegou que no ano de 2009 só recebera a quantia de R\$ 325,00. Contudo, a ficha financeira demonstra que a autora recebeu bônus/participação no valor de R\$ 600,00. Portanto, não existem diferenças a serem pagas no referido ano até porque seu salário bruto variou de R\$ 507,84 a R\$ 544,00 naquele ano.

No ano de 2010 a reclamante informa que recebeu apenas R\$ 130,00. Deve ser concedida a diferença pleiteada, já que não há demonstração de pagamento sob o mesmo título.

Dessa forma, deferem-se as diferenças de PLR nos anos de 2010 e 2011, tomando por base a diferença entre o salário bruto da reclamante no respectivo ano e a parcela intitulada "0049 Bônus/Participação R".

MAJORAÇÃO DO VALOR DO LANCHE

Vindica a reclamante a majoração do valor do lanche para R\$ 5,00, consoante cláusulas sétima e vigésima segunda das convenções coletivas existentes nos autos.

Ao exame.

A cláusula sétima acima mencionada refere-se à obrigação patronal constante em norma coletiva de fornecer lanche para os empregados convocados para labor suplementar superior a uma hora e meia ou uma hora, a depender da vigência do instrumento normativo.

Já a cláusula segunda trata do valor facial do ticket-refeição. Portanto, como se pode observar, se tratam de benefícios distintos, não se podendo ser utilizado o valor do auxílio alimentação como baliza para o arbitramento do lanche não concedido.

Por entender que o valor de R\$ 3,00 por dia de trabalho que o reclamante prestou labor extraordinário é razoável, mantenho a sentença invectivada.

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA

Hostiliza a reclamante o capítulo de sentença que julgou improcedente a indenização por danos morais em razão de revista.

Sustenta que o reclamado, ao contestar, afirmou que realizava revista visual de bolsas, mochilas e sacolas, além da região do tornozelo e cintura, além de etiquetar os pertences dos empregados no intuito de proteger seu patrimônio, o que foi corroborado no depoimento da testemunha Cíntia de Jesus Xavier.

Conclui que a revista diária em tais moldes consistia em comportamento discriminatório e submetia a reclamante a humilhações e constrangimentos, causando-lhe lesão ao direito personalíssimo da intimidade e da dignidade da pessoa humana.

Ao exame.

No caso concreto, o juízo singular entendeu que a mera revista de bolsas não resulta constrangimento aos empregados (fl.198).

Pois bem.

Com referência à prática denunciada na inicial, penso que não há no ordenamento jurídico brasileiro norma legal que autorize o empregador a proceder revista. Em verdade, ao agir desta forma está

o empregador a se arvorar de um poder que só pode ser exercido pelo estado nos casos e formas autorizadas em lei. Portanto, a revista atenta contra a dignidade e a intimidade do trabalhador, o que configura ato ilícito e constrangimento ilegal, ensejando, assim, o direito à indenização por dano moral.

No caso vertente, a testemunha afirmou (fl.185) "*que era obrigatório para entrar na loja etiquetar os produtos que estavam na sua bolsa e era feito tal procedimento para exibir a bolsa quando da saída da loja*".

Logo, o procedimento levado a efeito pela demandada não possui amparo legal ou contratual, nem encontra guarida em normas coletivamente ajustadas.

A revista adotada pelo empregador, mesma a dita não íntima, sob o pretexto de proteção do seu legítimo direito de propriedade, data venia, vai de encontro ao princípio da proteção à dignidade humana e à intimidade do trabalhador, assegurados nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988, c/c o inciso X do art. 5º do mesmo diploma legal, atraindo, desta feita, a incidência da norma disposta no art. 187 do Código Civil de 2002.

Além disso, revela-se a revista, nos moldes praticados pela reclamada, ato nitidamente discriminatório, o que afronta ao princípio da presunção de inocência assegurado no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna de 1988.

É importante ressaltar que, em se tratando de abuso de direito, a responsabilidade é objetiva, vale dizer, não há necessidade de se perquirir se houve, ou não a intenção do agente em causar o dano. Em sua obra "Teoria Geral do Direito", Ed. Atlas, pag. 268, diz Sílvio de Salva Venosa:

"... O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. Será abusivo o exercício do direito fora dos limites da satisfação de interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade. Assim, o abuso de direito não se circunscreve às noções de dolo e culpa, como pretendem alguns. Se isso fosse de se admitir, a teoria nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito mais restrito. Se, por outro lado, fosse essa a intenção do legislador, o princípio genérico do art. 186 (antigo, art. 159) seria suficiente, não tendo porque a lei falar em "exercício regular de um direito" no artigo seguinte. Portanto, se de um lado a culpa e dolo podem integrar a noção, tal não é essencial para a configuração do abuso, uma vez que o proposto é o exame, em cada caso, do desvio finalístico do exercício do direito. Daí sustentarmos que a transgressão de um dever legal preexistente, no abuso do direito, é acidental e não essencial para configurá-lo."

Essa também parece ser a conclusão de Clóvis Beviláqua (1916, v. 1:473): "O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprovava o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral."..."

Nestes termos, é certo afirmar que o reclamado agiu com abuso de direito e, nessa condição, constrangeu e humilhou a reclamante, de modo que merece ser condenado a indenizar o dano, nos termos do art. 186, do Código Civil Brasileiro, que assim dispõe: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

No que concerne à de prova do dano moral, data venia, este é presumível. Desse modo, dispensa a produção de prova dos efeitos negativos na órbita subjetiva da trabalhadora, mesmo porque não se prova dor psíquica.

Ora, o dano moral, por se tratar de dor íntima, ou seja, de mal-estar da órbita subjetiva dos sujeitos, não supõe, necessariamente, a existência de constrangimento que se exteriorize no convívio social ou que provoque achincalhe social.

Portanto, o dano moral é presumível, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, do que decorre ser desnecessária a produção de prova das suas repercussões na órbita subjetiva do obreiro.

O professor Fernando Noronha, citado por Sebastião Geraldo de Oliveira *in* "Indenizações por Acidente

do Trabalho ou Doença Ocupacional", LTr, 2005, pag. 123, afirma que *"a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente ao preço, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física."*

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira a vítima *"deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Não tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva"* (in: "Responsabilidade civil", 9ª edição, Forense, 2002, p. 60).

Não há dúvida da gravidade do dano sofrido pela autora. Com efeito, indene de dúvidas que foi alvo de inconsequente e desrespeitoso tratamento por parte da empresa. Daí porque, no particular acolho parcialmente o recurso da obreira para condenar o reclamado a pagar à reclamante indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

UTILIZAÇÃO DA IMAGEM

Investe a reclamante contra o capítulo da sentença que afastou o pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais, sob fundamento de que não teria ficado comprovada a utilização de sua imagem na divulgação de produtos vendidos no próprio supermercado, com o fornecimento de camisetas de propaganda em substituição ao regular uniforme.

Aduz que, ao contrário do que entendeu o juízo monocrático, houve confissão do preposto do reclamado em tal sentido.

Ao exame.

Os direitos da personalidade decorrem da proteção da dignidade da pessoa humana e estão intimamente ligados à própria condição humanista do indivíduo.

Para Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, os direitos da personalidade *"são direitos essenciais da pessoa que constituem componentes indissociáveis da sua personalidade [...]* Em síntese, direitos da personalidade são: a) os próprios da pessoa (física ou jurídica) em si; ou b) em suas projeções para o mundo exterior".²

Assim, os direitos da personalidade tutelam a pessoa nos seus aspectos corporal (corpo, nome, voz), interior (intimidade, privacidade, honra) e exterior (imagem, reputação), e quando violados, comportam a devida reparação pelo ofensor.

Com efeito, o inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, estabelece que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"* e, no inciso V, que *"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"*.

Por outro lado, dispõe o art. 20 do Código Civil Brasileiro que **"Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública**, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, **ou se se destinarem a fins comerciais."**

Conforme ensina Maria Helena Diniz, *"direito à imagem é o de não ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à reputação"*.³

2 BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional, 3ª Ed., SP, RT, 2003, p. 47.

3 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 11ª Ed., SP, Saraiva, 2005, p. 39.

Interpretando o dispositivo do Código Civil anteriormente citado, dizem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:⁴ "A utilização da imagem alheia é possível, em primeiro lugar, quando houver autorização do titular. O consentimento para a utilização da imagem deve ser interpretado restritivamente, considerando, por exemplo, que a autorização para ser fotografado não inclui a publicação da fotografia, e, à semelhança do que ocorre com o direito autoral, que a autorização para uma dada publicação não abrange outras utilizações."

Ressalte-se, por oportuno, que, para alguns doutrinadores, a exemplo de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ante a previsão expressa do artigo 5º, inciso X, CF, o dano à imagem é uma categoria autônoma de dano, consoante referência feita em obra de Mauro Schiavi⁵: "O texto não deixa dúvida quanto à categoria do dano à imagem, distinta do dano material e moral. É possível, portanto, cumular-se dano, material, moral e à imagem derivados do mesmo fato (STJ 37). Como a norma não impõe limitações à indenização por dano moral, nem remete seu regulamento para a lei, nesse caso ela é ilimitada".

No caso vertente, a defesa afirmou que a colocação de logotipos e marcas nos uniformes dos empregados não causava mácula à honra deste e decorria de direito do empregador que fornecia os uniformes.

Ademais o preposto confessou que "*os empregados usavam camisas promocionais com logomarcas das empresas* (fl.184)."

Destarte, é incontroverso nos autos que as camisetas utilizadas pelas trabalhadoras continham logotipos e marcas e não apenas o nome da empresa empregadora. Data venia, penso que a utilização de uniformes com a divulgação de marcas e produtos vendidos na rede de supermercados, sem prévia e expressa autorização por parte do trabalhador, acarreta utilização indevida da imagem da empregada.

É certo que concessão de vestuário, nos termos do art. 458, §2º, I, da CLT, afigura-se como utilidade necessária para o desempenho das atividades cotidianas. No entanto, tal fornecimento não autoriza o empregador a utilizar o corpo do seu empregado como veículo de propaganda. É fato que nos supermercados transitam diariamente milhares de pessoas. Logo, a utilização de camisetas, pelas pessoas que trabalham neste supermercado, contendo marcas, resulta na divulgação desta entre todos os que circulam diariamente no estabelecimento, nada mais é, portanto, do que propaganda, com objetivos comerciais, veiculada através do corpo do empregado que nada está a ganhar por isso. O fato de a imagem da trabalhadora usando as referidas camisas não aparecer na grande mídia não modifica esta conclusão. Naquele espaço onde circula está a divulgar os produtos que constam da referida camiseta. Há, pois, uso da imagem do trabalhador, sem a sua expressa autorização, para fins comerciais. Tal utilização indevida gera sim o direito à indenização.

No particular assim decidiu o STJ:

"I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia; II – A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização; III – O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada; IV – Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. (STJ, 4ª T., Resp. 267529, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, Jul. 03/10/2000, publ. DJ 18.12.2000).

Nota-se, portanto, que não é necessário prova de dano material ou constrangimento pelo uso da imagem, a simples utilização desta para fins comerciais, sem a expressa autorização do trabalhador, já justifica a obrigação de indenizar.

4 Código Civil Interpretado, Volume I, 2ª edição, 2007, Ed Renovar, pag. 51/60.

5 SCHIAVI, Mauro. Ações de reparação por danos morais decorrentes da Relação de Trabalho, LTr, 2007, p. 53.

Assim se posicionou o TST sobre o tema:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR USO DA IMAGEM. LOJA DE ELETRODOMÉSTICOS. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES. Caracterizada a divergência jurisprudencial, merece processamento o recurso de revista, na via do art. 896, “a”, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR USO DA IMAGEM. LOJA DE ELETRODOMÉSTICOS. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES. A determinação de uso de uniforme com logotipos de produtos comercializados pelo empregador, sem que haja concordância do empregado ou compensação pecuniária, viola seu direito de uso da imagem, conforme dispõe o art. 20 do Código Civil. Tal conduta evidencia manifesto abuso do poder diretivo do empregador, a justificar sua condenação ao pagamento de indenização, com fulcro nos arts. 187 e 927 do mesmo diploma legal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR Proc. nº TST-RR-264100-25.2010.5.03.0000, 3ª T, Rel Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgamento 30/03/2011, publicação DJ 08/04/2011)

Também, no mesmo sentido, é o seguinte julgado do TRT da 1ª Região:

“USO INDEVIDO DA IMAGEM. A imagem de uma pessoa está incluída, conforme artigo 20 do Código Civil, entre os direitos da personalidade, devendo a utilização de tal direito para fins comerciais deve ser autorizada, sob pena de indenização. A obrigatoriedade de o empregado utilizar camisetas contendo logotipos de grandes marcas configura exploração econômica da imagem, o que gera para o empregador a obrigação de indenizar.” (TRT 1ª Região, Proc 0005300-53.2008.5.01.0019 – RTOrd, Rel. Des Marcos Cavalcante)

Destarte, reformo a decisão impugnada para reconhecer o direito da Recorrente à indenização pelo uso indevido de sua imagem.

No que tange ao valor da indenização, observado a capacidade econômica da empresa e o objetivo educativo da indenização como forma de desestimular a prática adotada pelo empregador, fixo-a em R\$ 3.000,00 entendendo que tal valor é razoável e proporcional.

INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DO PIS

Rebela-se a reclamante em face do capítulo de sentença que julgou improcedente o pagamento a indenização substitutiva do PIS decorrente da não inclusão do nome da autora na RAIS em 2007, 2008, 2009 e 2010.

Ao exame.

A inclusão do nome do empregado na RAIS constitui uma obrigação decorrente do contrato de trabalho. A indenização que se pretende é em substituição a recebimento do PIS obstado pela omissão do empregador em fazer incluir o nome da trabalhadora na RAIS, documento que serve de informação para o pagamento do benefício.

No caso, o reclamado, conquanto sempre tenha alegado o cumprimento pleno da citada obrigação formal, fl.75, não se desvencilhou de seu ônus de demonstrar a veracidade da alegação, a teor do prescreve o art. 333, II, do CPC.

Ora, no caso vertente, a omissão do empregador de cumprir a sua obrigação de fazer resultou em prejuízos à reclamante.

Assim, a teor do quanto dispõe o art. 927, do novel Código Civil, caberá ao empregador a obrigação de indenizar a empregada por um salário mínimo, por ano reclamado.

Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, **por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, salvo o tópico “desconto a título de acatamento**

irregular” no recurso do reclamado e, no mérito, quanto ao recurso do reclamado, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para: a) determinar nos períodos não cobertos pelos cartões de ponto seja aplicado o percentual de 16,67% no cálculo do repouso decorrente da integração das horas extras; b) determinar a dedução das horas extras e médias de horas extras constantes nas fichas financeiras; c) excluir a multa normativa. **Por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da reclamante** para incluir na condenação: a) pagamento de danos morais, tanto pela revista íntima praticada, como pelo indevido uso da imagem da reclamante nos valores de R\$ 5.000,00 e R\$ 3.000,00, respectivamente; b) pagamento de um salário mínimo, por ano reclamado, em face da não inclusão do nome da trabalhadora na RAIS; c) diferenças de participação dos lucros e resultados, nos anos de 2010 e 2011; deduzindo o salário bruto do valor já pago nas fichas financeiras; d) pagamento dos domingos e feriados em dobro e integração ao salário para efeito de diferenças de décimo terceiro salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio, FGTS acrescido de indenização de 40%, no período não acobertado nos cartões de ponto e; e) que as horas extras no período não coberto pelos cartões sejam quantificadas com base da jornada da inicial. Vencido o Exmo. Desembargador Renato Simões que não deferia a indenização pela utilização indevida da imagem da reclamante. Fixar o valor da condenação em R\$ 136.656,14, o crédito líquido da Exequente em R\$ 103.427,32 e as custas, pelo reclamado, em R\$ 1.441,63, valores atualizados até 1/4/2013, conforme planilha anexada ao acórdão.

Salvador, 13 de Março de 2013.
ASSINATURA DIGITAL
LUÍZA LOMBA
Desembargadora Relatora

DISSÍDIOS COLETIVOS DE GREVE N° 0000544-08.2012.05.0000

Suscitantes: SINTRAN - Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário de Passageiros do Estado da Bahia e SINFRETE - Sindicato das Empresas de Transporte de Fretamento e Turismo do Estado da Bahia. **Suscitado:** Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia

DISSÍDIO COLETIVO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Com amparo na Constituição Federal de 1988, Precedentes Normativos do TST e do TRT da 5ª Região, deferidas cláusulas, no âmbito da Competência Normativa da Justiça do Trabalho.

SINTRAN – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA e SINFRETE – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE FRETAMENTO E TURISMO DO ESTADO DA BAHIA suscitaram DISSÍDIO COLETIVO de greve contra o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA, com fundamento nas razões expendidas às fls. 01/35.

A petição inicial está devidamente instruída com procuração, estatutos e ata da assembléia geral pra eleição da diretoria do sindicato patronal, conforme documentos de fls. 36/77.

A negociação coletiva foi comprovada mediante documentos de fls. 89/110 (inclusive com intermediação do Ministério Público do Trabalho - fls. 103/108). Às fls. 109/110 foram juntadas atas de assembleia geral extraordinária dos associados dos Suscitantes, autorizando o ajuizamento de Dissídio Coletivo.

Designada audiência de tentativa de conciliação pela Presidente do TRT da 5ª Região para 24/05/2012, a qual restou frustrada, conforme ata de fls. 114/114v.

Defesa acostada pelo Suscitado às fls. 115/135, acompanhada de procuração, atos constitutivos e ata de posse (fls. 137/156), carta sindical e cadastro no MTE (fls. 157/160), relatório do Dieese (fls. 234/240), convenções coletivas (fls. 161/233), atas de assembleia geral extraordinária (fls. 242/254 e 285), e lista de presença (fls. 286/296).

Em sua defesa, o Suscitado levantou preliminar de extinção do feito com resolução do mérito, excepcionando as questões de cunho econômico. No mérito, arguiu a legalidade da greve e reiterou a pauta de reivindicações.

Manifestação do Suscitante às fls. 303/311, na qual reitera os termos da exordial, em especial no que tange à abusividade e ilegalidade da greve, concordância da manutenção da data-base para 1º de maio e inadmissibilidade da utilização de índice apurado pelo DIEESE para efeito de reajuste de benefícios dos trabalhadores. Contesta a preliminar levantada pelo Suscitado. Pleiteia, ao final, o reconhecimento da ilegalidade e abusividade do movimento paredista.

Desembargadora
GRAÇA BONESS

Subseção Especial de
Dissídios Coletivos
ACÓRDÃO
Dissídios Coletivos de Greve n°
0000544-08.2012.05.0000

Firmado por assinatura digital em 28/05/2012 13:16 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Assinado por MARIA DAS GRAÇAS OLIVA BONESS. Protocolizado no TRT 05 sob o n° 10112052800751021497.

DCG 0000544-08.2012.5.05.0000

Em mesa o parecer do Ministério Público.

É O RELATÓRIO

Pressupostos gerais e específicos observados. Exaurido o processo de negociação coletiva, tendo restado frustradas as tentativas de autocomposição. Assim, resta aberta a via judicial, tudo nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição Federal e do art. 616 da CLT.

Partes legítimas e devidamente representadas.

Presente a autorização da categoria econômica para ajuizamento do presente dissídio coletivo, consoante atas de assembleia geral de fls. 109/110.

A ação deve ser conhecida.

VOTO

DA PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, À EXCEÇÃO DA MATÉRIA RELATIVA ÀS CLÁUSULAS ECONÔMICAS.

Suscitada pelo Sindicato obreiro, sob a alegação de que a Convenção Coletiva 2011/2012 fixou em dois anos o prazo dos itens pactuados, à exceção das cláusulas econômicas, somente se permitindo sua rediscussão no ano de 2013.

Razão lhe assiste, uma vez que, de fato, a Convenção Coletiva 2011/2012, em sua cláusula 70ª, dispõe que "*fica mantida a data-base de 1º de maio de cada ano e vigorando a presente Convenção Coletiva de Trabalho no período de 1º de maio de 2011 a 30 de abril 2012. As partes convenentes se comprometem a manter incólumes, pelo prazo de 02 (dois) anos, as cláusulas do presente instrumento, ressaltando-se aquelas referentes a reajustes de salário, plano de saúde e ticket alimentação, que permanecerão sendo negociadas anualmente e cujos percentuais negociados serão extensivos aos valores constantes nas cláusulas trigésima terceira, trigésima sexta e trigésima sétima.*" (fls. 86/87).

Ressalte-se que o fato de constar da Ata da Assembléia Geral Extraordinária dos Trabalhadores Rodoviários, realizada em 27/03/2012 (fls. 242/254) que aprovou a pauta de reivindicações da categoria, a cláusula septuagésima em que consta que "*as partes convenentes se comprometem a manter incólumes, pelo prazo de 01 (um) ano, as cláusulas do presente instrumento, ressaltando-se aquelas referentes a reajuste de salário, plano de saúde e ticket alimentação, que permanecerão sendo negociadas anualmente e cujos percentuais negociados serão extensivos aos valores constantes nas cláusulas trigésima terceira, trigésima sexta e trigésima sétima*", não tem o condão de invalidar cláusula de Convenção Coletiva livremente pactuada pelas partes, mesmo porque está claro que a pauta de reivindicações diz respeito ao período de 1º de maio de 2012 a 30 de abril de 2013, a despeito do equívoco no período de vigência que se vê na redação da cláusula em questão (fl. 254).

Indene de dúvidas, diante da vontade das partes expressa na referida Convenção Coletiva 2011/2012 (fls. 78/87), que as cláusulas pactuadas não podem ser alteradas no prazo de dois anos, portanto é prematuro rediscuti-las neste momento. Assim, a apreciação do mérito da pauta de reivindicações se limitará às cláusulas expressamente excepcionadas do compromisso assumido pelas partes, impondo-se a extinção do feito com relação às demais.

DA SUPOSTA ILEGALIDADE DA GREVE SUSCITADA PELO SINDICATO AUTOR NA MANIFESTAÇÃO

Alegam os Sindicatos Patronais a ilegalidade da greve deflagrada pelo Sindicato Suscitado ao fundamento de que não houve autorização da Assembléia Geral acerca da decretação do movimento parestista.

Sem razão.

A ata da Assembléia Geral e a respectiva lista de presença dos obreiros, colacionadas (fls. 285/296), demonstram que houve deliberação dos membros da categoria acerca da deflagração da greve, não se vislumbrando nenhuma ilegalidade a ser declarada.

MÉRITO

Tendo em vista o acolhimento da preliminar de extinção do feito, conforme razões já expendidas, à exceção das cláusulas econômicas, apenas podem ser objeto de apreciação as cláusulas referentes a reajustes de salário, plano de saúde e ticket alimentação, constantes da pauta de reivindicações.

CLÁUSULA PRIMEIRA - REAJUSTE SALARIAL – DEFIRO PARCIALMENTE. Busca o Suscitado que o reajuste fixado com base no índice de inflação apurado pelo DIEESE, referente ao período de maio/2011 a abril/2012. Ocorre que o art. 13, *caput*, da Lei 10.192/2001, proíbe pela via normativa a estipulação ou fixação de reajuste ou correção salarial vinculada a índice de preços.

Pois bem. Os suscitantes haviam concordado com o índice de reajuste de 4,88%, referente às perdas inflacionárias de maio/2011 e abril/2012, conforme ata de audiência de fl. 114. O Suscitado, por sua feita, havia sinalizado que seria possível uma deliberação favorável com relação a proposta apresentada pelo MPT na mediação.

Assim, este Tribunal, visando a preservação do poder aquisitivo do empregado, arbitra um reajuste salarial de 7,5% (sete e meio por cento), meio termo entre ambas as posições, por reputar que tal percentual reflete a justa composição do conflito de interesse das partes e guarda adequação com o interesse da coletividade, ficando a cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA PRIMEIRA – REAJUSTE SALARIAL E GANHO REAL - A partir de 01 de maio de 2012, as empresas de Transporte Rodoviário reajustarão os salários de todos seus empregados no percentual de 7,5% (sete e meio por cento) incidentes sobre os salários já praticados.

CLÁUSULA QUARTA – TICKET ALIMENTAÇÃO – DEFIRO. Trata-se de conquista da categoria e que deve ser mantida, na forma do art. 114, § 2º, da Lei Maior, com a manutenção da cláusula anteriormente pactuada. Ressalte-se que o percentual de reajuste concedido ao benefício em questão sempre se iguala ou supera aquele referente aos salários. Considerando o valor facial que está sendo atualmente pago, reputo justa a elevação do ticket alimentação para R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), valor que tem correspondência com a inflação medida pelo índice do INPC, incidente sobre os custos gerais, especialmente alimentos.

Assim, a cláusula passa a ter a seguinte redação:

CLÁUSULA QUINTA – TICKET ALIMENTAÇÃO – A partir de 01 de maio de 2012, as empresas concederão aos seus empregados, que assim desejarem, alimento, através de vales alimentação no valor facial de R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), para cada dia útil de trabalho, com a participação do empregado em seu custeio, nos níveis que vêm sendo atualmente praticados, respeitado o limite de até 20% (vinte por cento).

PARÁGRAFO ÚNICO – O benefício estipulado nesta cláusula não tem natureza salarial, sendo expressamente vedada sua incorporação ao salário.

Com relação à Cláusula décima sétima – PLANO DE SAÚDE – INDEFIRO O REAJUSTE DE 14% SEM QUALQUER CONTRAPARTIDA DOS EMPREGADOS, pelos mesmos fundamentos expostos quando da apreciação da cláusula que trata da mesma matéria no Dissídio Coletivo n° 0000539-83.2012.5.05.000DCG: A justificativa para tal indeferimento se pauta no fato de que a matéria é típica de negociação entre as partes interessadas, e, somente com a conjugação de suas vontades se pode estabelecer obrigações para cada qual, matéria pois estranha à sentença normativa.

DA ABUSIVIDADE DA GREVE

Inicialmente, cumpre asseverar que, embora a Constituição Federal tenha elevado o direito de greve à categoria de direito social do trabalhador, o texto constitucional estabelece, em seu art. 1º, inciso IV, como direitos fundamentais os valores sociais do trabalho e, também, o direito de ir e vir, principalmente, à parcela carente da sociedade, que necessita do transporte coletivo para exercer a cidadania plena.

Nesse diapasão, a Lei 7.783/89 (art. 10, inciso V, da Lei nº 7.783/1989) ressaltou a limitação do exercício desse direito quando tratar-se de greve deflagrada em atividade essencial, em especial a atividade de transporte coletivo, hipótese dos autos.

É público e notório que todo o transporte intermunicipal e metropolitano encontra-se paralisado, exclusivamente, por ato do sindicato da categoria profissional, em manifesto desrespeito à decisão judicial que determinava a manutenção dos serviços mínimos, acarretando inegável prejuízo a toda coletividade, e, como julgadora não posso ignorar o que toda a imprensa noticia, inclusive, porque é fato corrente na comunidade o que está acontecendo, razão pela qual declaro abusivo o movimento grevista.

Em conseqüência, aplico multa ao SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA no valor correspondente a R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS) relativos aos dias 23/05, 24/05 e 25/05, em que descumpriu a decisão judicial.

Fica cominada multa ao SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA no valor correspondente a R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), por dia, contados a partir do dia 23/05, até o encerramento da greve.

Em face do descumprimento da determinação judicial no que diz respeito ao percentual mínimo de funcionamento do serviço, fato notório registrado na mídia, que noticia, inclusive, o sofrimento por que vem passando a população, efetue-se, de logo, o bloqueio *on line* da importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), referente aos dias 23/05, 24/05 e 25/05, em contas de titularidade do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia. Na hipótese de insucesso do bloqueio *on line*, a fim de garantir a efetividade da presente decisão, determina-se aos Sindicatos Patronais que retenham toda e qualquer importância a ser repassada ao Sindicato Obreiro, principalmente as contribuições sindicais, depositando judicialmente os valores até o limite da multa aplicada.

Havendo descumprimento da decisão em dias vindendos, mantenho a mesma determinação supra com relação à multa diária cominada.

A multa deverá ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), que deverá ser notificado da decisão. Autorizo o desconto dos dias parados a partir de 23 de maio de 2012.

Isto posto, por tais fundamentos, afasto a arguição de ilegalidade da deflagração da greve arguida pelo SETPS – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DE SALVADOR, pelo SINTRAN – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DO ESTADO DA BAHIA, e pelo SINFRETE – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE FRETAMENTO E TURISMO DO ESTADO DA BAHIA, e declaro, contudo, a greve abusiva, em conseqüência, aplico multa ao Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia no valor correspondente a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por dia, contados a partir do dia 23/05, até o encerramento da greve. Desde já, o sindicato obreiro está onerado em R\$ 150.000,00.

Quanto à pauta de reivindicações, julgo procedente, em parte, nos termos da fundamentação supra, que passa a integrar este *decisum*, condenando os suscitados nas custas processuais na quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais). Calculadas sobre o valor da causa fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor arbitrado pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente em exercício.

Fica mantida a data base de 1º de maio, vigorando o presente dissídio coletivo no período de 1ª de maio

de 2012 a 30 de abril de 2013.

As partes aqui presentes são consideradas cientes da decisão, nesta oportunidade, independente da publicação no órgão oficial e eventual recurso que, neste caso, não tem efeito suspensivo.

Acordam os Desembargadores da SEDC do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, unânime e preliminarmente acolher a preliminar de extinção do Dissídio Coletivo com resolução do mérito, à exceção da matéria relativa às cláusulas econômicas e rejeitar a arguição de ilegalidade da deflagração da greve; à unanimidade, declarar a greve abusiva, determinando, de logo, o retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades e, por maioria e com voto de qualidade do Ex.mo Sr. Desembargador Presidente em exercício (artigo 45, inciso XVII, do RI), aplicar multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ao Sindicato Suscitado e de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) aos Sindicatos Suscitantos, vencidos os Ex.mos Srs. Desembargadores RELATORA e ALCINO FELIZOLA, que aplicavam multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a ambos os Sindicatos. Determinou-se seja efetuado, de logo, o bloqueio on line dessas importâncias, em contas de titularidade dos referidos Sindicatos. Arbitrou-se, ainda, multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Sindicato Suscitado e de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) aos Sindicatos Suscitantos, caso seja descumprida a determinação do retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades, com supedâneo no comando do Art. 11 da Lei nº 7.347/85. Na hipótese de insucesso do bloqueio on line, a fim de garantir a efetividade da presente decisão, determina-se ao sindicato patronal que retenha toda e qualquer importância a ser repassada ao sindicato obreiro, principalmente as contribuições sindicais, depositando judicialmente os valores até o limite da multa aplicada. Tais montantes deverão ser revertidos em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), entidade responsável pelo custeio do seguro desemprego e pela promoção da reabilitação e requalificação dos trabalhadores, que deverá ser notificado da decisão. Por maioria, determinar o desconto dos dias parados, a partir de 23 de maio de 2012, vencido o Ex.mo Sr. Desembargador ALCINO FELIZOLA, que não autorizava esse desconto. No mérito, à unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Dissídio Coletivo, nos termos do voto da Ex.ma Sra. Desembargadora Relatora, conforme cláusulas adiante transcritas, condenando o Sindicato Suscitado ao pagamento das custas no importe de R\$3.000,00 (três mil reais), calculadas sobre R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), valor arbitrado à causa pelo Ex.mo Sr. Desembargador Presidente, em exercício, na forma da lei. Cláusula Primeira – REAJUSTE SALARIAL – Deferida parcialmente, com a seguinte redação: *A partir de 01 de maio de 2012, as Empresas de Transporte Rodoviário reajustarão os salários de todos seus empregados no percentual de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) incidente sobre os salários já praticados.* Cláusula Quinta – TICKET ALIMENTAÇÃO – Deferida, com a seguinte redação: *A partir de 01 de maio de 2012, as empresas concederão aos seus empregados, que assim desejarem, alimento, através de vales alimentação no valor facial de R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), para cada dia útil de trabalho, com a participação do empregado em seu custeio, nos níveis que vêm sendo atualmente praticados, respeitado o limite de até 20% (vinte por cento).* Parágrafo Único – *O benefício estipulado nesta cláusula não tem natureza salarial, sendo expressamente vedada sua incorporação ao salário.* Cláusula Décima Sétima – PLANO DE SAÚDE – Indeferida. Todas as cláusulas foram julgadas por unanimidade. As partes aqui presentes são consideradas cientes da decisão, nesta oportunidade, independente da publicação no Órgão Oficial e de eventual recurso que, neste caso, não tem efeito suspensivo.

Salvador, 25 de Maio de 2012
MARIA DAS GRAÇAS OLIVA BONESS
Desembargadora Relatora

RECURSO ORDINÁRIO N.º 0001030-78.2011.5.05.0371

Desembargadora
GRAÇA BONESS

ACÓRDÃO
(4ª Turma)
RECURSO ORDINÁRIO
n.º 0001030-78.2011.5.05.0371

RECORRENTES(s): Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF e Fundação Chesf de Assistência e Seguridade Social - FACHESF

RECORRIDO(s): Estelita Bezerra Lima da Silva

FACHESF - Revisão de benefícios - Julho e Agosto de 1994 - Prevalência do IGP-2.

COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO – CHESF E FUNDAÇÃO CHESF DE ASSISTÊNCIA E SEGURIDADE SOCIAL - FACHESF, nos autos da reclamação trabalhista em epígrafe, em que litigam com **ESTELITA BEZERRA LIMA DA SILVA**, interpõem **RECURSO ORDINÁRIO** contra a sentença de fls. 688/696, complementada às fls. 716/717, que julgou procedente a ação, pelos motivos expendidos, respectivamente, às fls. 699/704 e 720/731v. Contrarrazões apresentadas pela reclamante às fls. 741/764. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

É O RELATÓRIO.

VOTO

RECURSO DA CHESF

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

A Recorrente, ao manejar a preliminar supra, aduz que não pode adimplir o pleito formulado na inicial, uma vez que não faz a administração nem integraliza a complementação de benefícios, argumentando que tal atribuição é conferida à segunda Demandada, que consubstancia entidade fechada de Previdência Complementar Privada, responsável pela suplementação de aposentadoria, nos termos do regulamento dos planos de contribuição.

Nesta esteira, assevera que o vínculo empregatício com a Reclamante fora encerrado há muito tempo, bem como que a natureza da demanda *sub examine* é estritamente previdenciária, tendo em vista a relação entre a Autora e a segunda Reclamada.

A preliminar não merece prosperar.

Com efeito, em face da prova documental carreada aos autos, constata-se que a FACHESF constitui entidade fechada de previdência privada, instituída e patrocinada pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, com o propósito de gerar e assegurar aos seus participantes e respectivos dependentes as prestações estabelecidas em seus planos de benefícios complementares ou assemelhados aos concedidos pelo sistema de previdência social.

Rejeito.

DA PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO.

A Recorrente, invocando a Súmula n.º 326 do c. TST e o art. 7º, XXIX, da CF, suscita a prejudicial em epígrafe, asseverando que o liame empregatício mantido com a Reclamante fora extinto há mais de dois anos, bem como alega que, em momento algum, pagou ao Recorrido qualquer verba

referente ao benefício de suplementação de aposentadoria.

A prejudicial não merece prosperar.

Com efeito, constata-se que a postulação da Reclamante é no sentido de que as Reclamadas sejam condenadas à feitura de novos cálculos para suplementação de aposentadoria e ao adimplemento de diferenças decorrentes de pagamento a menor, retroativamente, uma vez que não fora observada norma regulamentar, pelo que se verifica que a Reclamante já vinha recebendo a suplementação de aposentadoria e ingressou em Juízo para pleitear a revisão do benefício complementar.

Desta forma, a hipótese em análise atrai a incidência da Súmula nº 327 do c. TST, que estatui, *in verbis*: "Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio".

Rejeito.

MÉRITO.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

No tópico referente à responsabilidade solidária, a Recorrente argumenta, em síntese, que o instituto em comento existe, tão-somente, enquanto vigente a tríade relação empregado/Chesf/Fachesf, razão pela qual insiste que, uma vez rescindido o contrato de trabalho, cessa, automaticamente, toda e qualquer responsabilidade da Recorrente, seja para com o participante, seja para com a Fachesf.

Sem razão.

Note-se que, ao adentrar ao mérito da demanda, a Recorrente apenas reitera a argumentação constante das preliminares suscitadas, aduzindo ser incabível a sua condenação solidária pelo pagamento dos benefícios postulados pela Recorrida, sustentando que não participou do processo de elaboração dos cálculos dos benefícios, não tendo acesso aos mesmos.

Insiste na tese de que a FACHESF é a única responsável pela administração dos planos, na qualidade de entidade gestora dos mesmos, pugnando por sua exclusão da lide ou, quando menos, pela improcedência do pedido, citando, ainda, um precedente jurisprudencial em seu favor.

Todavia, compulsando os autos, verifica-se, tal qual assinalado quando da análise da preliminar de ilegitimidade, que a Fachesf é entidade fechada de previdência privada, instituída e patrocinada pela CHESF, bem como que a Diretoria Executiva da referenciada fundação é composta de dois diretores nomeados pela CHESF, o que indica a sujeição de uma ao controle, direção e administração da outra, resultando, daí, a existência do grupo econômico, de forma a legitimar a presença de ambas no pólo passivo da lide como responsáveis solidárias.

Destarte, nada mais coerente do que a repartição das responsabilidades entre a real empregadora e a empresa de previdência privada por ela instituída, em face dos créditos previdenciários de seus empregados.

Correto, portanto, o entendimento fixado pelo juízo *a quo*, que reconheceu a responsabilidade solidária das Acionadas.

Nada a reformar.

Assim, **REJEITO** a preliminar e a prejudicial de mérito suscitadas, no mérito, **NEGO PROVIMENTO**

ao recurso da 1.^a Reclamada.

RECURSO DA FACHESF

DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Aduz a Recorrente, em síntese, que a causa de pedir da presente ação possui natureza estritamente previdenciária, fundada em contrato civil, argumentando que o pleito formulado na presente ação não decorre de liame empregatício, pelo que pugna pela competência, in casu, da Justiça Comum, bem como pela declaração da incompetência desta especializada para julgar e apreciar o feito.

A preliminar não prospera.

Com efeito, trata-se, a hipótese, de ação que tem como objeto o pagamento de suplementação de aposentadoria devida por entidade de previdência privada, instituída e mantida pelo empregador, derivando a postulação, portanto, de contrato de trabalho, pelo que entendo competente a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o feito, consoante a inteligência do art. 114 da CF/88.

Rejeito.

DA PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO BIENAL.

Neste tópico, a Recorrente maneja a prejudicial de mérito em destaque, insistindo, com arrimo no art. 7.º, XXIX, da CF e nas Súmulas n.º 294 e 326 do c. TST, que se revela inevitável, na espécie, declarar prescrito o direito da Autora.

A prejudicial de mérito não merece êxito pelos mesmos fundamentos já consignados quando da apreciação do recurso da 1.^a Reclamada.

Rejeito.

MÉRITO.

ERRO MATERIAL. CORREÇÃO PELO IGP-M. MARÇO A JUNHO/1994.

Alega a recorrente a ocorrência de erro material no que tange ao deferimento do pedido de revisão, implantação e de diferenças de suplementação de aposentadoria, por considerar que a conversão das aposentadorias para a URV em 1.º de março de 1994 teria sido ilegal, determinando que o benefício, no período entre março e julho de 1994, fosse corrigido pelo IGP-M.

Segundo alegou, a conversão dos benefícios para a URV foi, de fato, realizada. Entretanto, tal situação foi absolutamente equacionada nos cálculos retroativos realizados em setembro de 1994, com base na legislação e na Resolução n.º 02 do CGPC (Conselho de Gestão da Previdência Complementar). Aduziu que a decisão recorrida teria considerado que o benefício deveria ser corrigido pelo IGP-M entre março e julho de 1994, o que seria incorreto, haja vista que, em 1.º de julho de 1994, a Lei n.º 8.880/94 teria determinado a conversão para o Real, de modo que não caberia a correção pelo IGP-M.

Sendo assim, requereu que fosse corrigido o erro material, para que constasse o mês de junho ao invés de julho de 1994.

Com razão.

Conforme se depreende do teor da exordial, a partir de março/94, houve novos desvios

no Regulamento 02, tendo em vista que a FACHESF congelou, utilizando-se de dispositivos aplicados exclusivamente a Previdências Públicas, o valor dos seus benefícios, adotando a URV (Unidade de Real de Valor) como referência.

Dessa forma, é evidente que o IGP-M era o índice que deveria ser utilizado pelas reclamadas para reajustar o valor das suplementações de aposentadorias por ela concedidas, ao menos no período entre março e junho de 1994.

Assim, deve-se ser corrigido o erro material apontado, para afastar a aplicação do IGP-M ao mês de julho de 1994, haja vista que, com a instituição do Real em 1º de julho, o índice em apreço, como se verá na forma da fundamentação abaixo apresentada, continuou a refletir a variação de preços em cruzeiros reais e não mais em real.

Reformo a decisão farpeada para que seja deferido o pedido de revisão, implantação e de diferenças de suplementação de aposentadoria, quanto ao mês de junho/1994.

REAJUSTE COM BASE NO IGP-2

Outro ponto de insurgência da Recorrente contra r. decisão de origem, fulcra-se no ponto que determinou que os cálculos de revisão, implantação e de diferenças de suplementação de aposentadoria no período de Julho e Agosto de 1994, fossem feitos de acordo com o IGP-M.

Insiste que este E. TRT considere correta a aplicação do IGP-2 do Real, nos benefícios pagos em Julho e Agosto de 1994 já na moeda Real.

E lhe assiste razão, pelos fundamentos adiante esposados.

O IGP-2 era o índice utilizado pela Fundação Getúlio Vargas para aferir a inflação medida em Real, enquanto que o IGP-M era usado pela mesma entidade para calcular, de modo efetivo, a inflação em Cruzeiros Reais (somente em setembro de 1994, esses índices foram unificados, com a regulamentação do Real).

Nos meses de julho e agosto de 1994, o IGP 2 foi o índice utilizado pela FGV para medir a inflação em Real, enquanto o IGP-M continuou a ser utilizado para aferir a inflação em Cruzeiros Reais.

Assim se conclui que o Regulamento da FACHESF, embora atrelasse o reajuste dos benefícios à variação do IGP-M, autorizou o emprego de qualquer outro que o substituísse. No caso, foi, exatamente, o que ocorreu com o IGP-2, índice criado pela FGV durante o período de transição do cruzeiro real para o real, com o escopo de aferir a variação de preços em reais a partir da vigência desse novo padrão monetário nacional, em lugar do IGP-M, que prosseguiu refletindo tal variação em cruzeiros reais até o mês de setembro de 1994, quando tal apuração foi reunificada em torno do IGP-M e o IGP-2 saiu de cena.

Assim, verifico que o IGP-M dos meses de julho (40%) e agosto (7,56%) não possui aplicação sobre o benefício em tela, na medida em que refletiu variação de preços calculados em cruzeiros reais, moeda extinta, apenas para, comparativamente, aferir o desempenho do novo padrão monetário, medido pelo IGP-2 até o mês de setembro, quando se operou a reunificação do IGP-M, conforme já explanado.

Isso porque devo considerar que os valores recebidos pelo reclamante a título de suplementação de aposentadoria já haviam sido convertidos para o Real, e assim não há como pretender que sejam reajustados mediante a aplicação de índices que, embora previstos no regulamento da entidade, não refletem a variação de preços de modo correto.

Assim, deve ser entendida como correta a aplicação, nos meses de julho e agosto de 1994, do IGP-2, que, como se viu, refletiu, naquele período, a variação de preços em real, moeda a que o benefício recebido pelo reclamante já havia sido convertido.

Reformo para determinar a aplicação do índice de IGP-2 ao benefício do reclamante, nos meses de julho e agosto de 1994.

CONTRIBUIÇÃO ESTATUTÁRIA

No particular, pugna a recorrente pela aplicação do desconto relativo à contribuição estatutária do participante, nos termos do item 64, II, do Regulamento 002 – Plano BD.

A irresignação prospera.

Consta do referido regulamento:

“64 - Para os primeiros 9 (nove) meses do exercício de 2001, o Plano de custeio deste Plano de benefícios fixa as seguintes taxas de contribuição mensal de Participantes e Patrocinadora:

(...)

II – Os Participantes-Assistidos recolherão à FACHESF uma contribuição mensal equivalente ao produto da aplicação da taxa de 3,08% (três inteiros e oito centésimos por cento), sobre o valor da suplementação”.

Assim, é necessário que se proceda ao desconto desse percentual sobre o valor das diferenças de suplementação de aposentadoria apuradas em sede de liquidação.

Reformo.

DA MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS.

Sob o argumento de que os embargos de declaração não foram protelatórios e que não houve litigância de má-fé, busca a Recorrente excluir da condenação as multas fixadas pelo juiz a quo que, com fundamento no parágrafo único do art. 538 do CPC e no art. 18, caput e § 2º também CPC, o condenou ao pagamento de multa de 2% (dois por cento), além de indenização por litigância de má-fé no percentual de 5% (cinco por cento), sendo ambas sobre o valor da condenação.

Procede a irresignação, neste aspecto.

A Reclamada utilizou-se do recurso próprio para questionar a contradição/omissão que entendia existir na sentença, não havendo razão para qualquer das sanções impostas. *In casu*, não restou demonstrado o intuito desleal ou procrastinatório quando da interposição do recurso apresentado pela Recorrente, encontrando-se ausente, portanto, o elemento subjetivo (dolo processual) que autoriza a aplicação da aludida sanção.

Outrossim, inexistiu comprovação do efetivo prejuízo causado à parte adversa, de modo a justificar a indenização prevista no §2º, do art. 18 do CPC.

Reformo a sentença de base para excluir da condenação a multa de 2% (dois por cento) e da indenização por litigância de má-fé de 5% (cinco por cento), ambas sobre o valor da condenação, em razão de supostos embargos procrastinatórios.

Acordam os Desembargadores da 4ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, REJEITAR as preliminares e prejudiciais de mérito suscitadas e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso interpostos pela 1ª Reclamada. Por MAIORIA, DAR PROVIMENTO

PARCIAL ao recurso da 2ª Reclamada para determinar que o pedido de revisão, implantação e de diferenças de suplementação de aposentadoria, seja corrigido pelo IGP-M, no período de março a junho/1994; afastar a incidência do IGP-M nos meses de julho e agosto de 1994, dada a regularidade da aplicação do IGP-2; determinar o desconto da contribuição estatutária no percentual de 3,08% sobre os valores das diferenças apuradas em sede de liquidação; e excluir da condenação as multas e indenização, ambas sobre o valor da condenação, em razão de supostos embargos procrastinatórios; vencida a Ex.ma Desª LOURDES LINHARES, que DAVA PROVIMENTO PARCIAL ao recurso da FACHESF apenas para corrigir erro material existente na sentença e para excluir da condenação as multas e indenização, ambas sobre o valor da condenação, em razão de supostos embargos procrastinatórios.

Salvador, 23 de Janeiro de 2013
MARIA DAS GRAÇAS OLIVA BONESS
Desembargadora Relatora

PROCESSO N^o 0001017-11.2012.5.05.0641

IVO DANIEL PÓVOAS DE SOUZA

Juiz do Trabalho

Sentença

Processo N^o 0001017-

11.2012.5.05.0641

Vara do Trabalho de Guanambi
(Bahia)

ATA DE JULGAMENTO

Aos vinte e sete dias do mês de março do ano de dois mil e treze, às 16h00min, estando aberta a audiência da Vara do Trabalho de Guanambi, Bahia, na sua respectiva sede, com a presença do Excelentíssimo Senhor Juiz do Trabalho, Doutor **IVO DANIEL PÓVOAS DE SOUZA**, foram, por ordem do Magistrado, apregoados os litigantes: **SAULO LOPES RAMOS**, reclamante, e **BARRETTO E DINIZ LTDA**,

reclamada. **PARTES AUSENTES**. Instalada a audiência e relatado o processo, foi proferida pelo Excelentíssimo Senhor Juiz do Trabalho a seguinte **DECISÃO**:

Vistos, examinados etc.

1. RELATÓRIO

SAULO LOPES RAMOS, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, assistido por advogada devidamente constituída, ajuizou a presente RECLAMAÇÃO TRABALHISTA contra BARRETTO E DINIZ LTDA, com base nas alegações e pedidos deduzidos na petição inicial de fls. 01/12.

Regularmente notificada, a Reclamado compareceu à audiência, representada por preposto devidamente credenciado, também acompanhado por advogado, e apresentou contestação escrita amparada nos fundamentos expendidos às fls. 34/42.

O valor da causa para efeito de alçada foi fixado em audiência. Prova documental instruiu a petição inicial e a defesa, com manifestações recíprocas. Na sessão transcrita na ata de fls. 98/100 foram tomados os depoimentos pessoais do Reclamante e do Representante da Reclamada, e inquiridas duas testemunhas. Razões finais foram aduzidas oralmente e as propostas de conciliação não lograram êxito. Nesses termos, os autos vieram conclusos para julgamento.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA REINTEGRAÇÃO E DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS – Na petição inicial o Reclamante afirmou, em síntese, que teria recebido da Reclamada, na pessoa do seu sócio majoritário, Cássio Barreto, uma promessa de emprego e que, em razão disso, teria começado a lhe prestar serviços antes mesmo da sua inauguração.

Narrou mais que, em momento posterior, essa proposta teria sido formalizada, e que por esse motivo teria pedido demissão do seu emprego anterior, na DN Motos, e teria passado a prestar serviços apenas para a Reclamada, inclusive porque as condições de trabalho e salário prometidos teriam sido superiores aos que percebia.

Acrescentou, finalmente, que apesar de toda a sua atenção, presteza e eficiência na solução das pendências para viabilizar a inauguração da loja da Reclamada, o seu sócio majoritário, Senhor Cássio Barreto, não teria cumprido a promessa feita, violando o princípio da boa-fé e lhe causando danos na sua esfera de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Com base nessas alegações, o Demandante formulou, então, pedido de reintegração no emprego e, sucessivamente, pedido de pagamento de indenizações por danos patrimoniais e por danos morais que lhes teriam sido causados pela conduta da Reclamada.

A empresa, de sua parte, defendeu-se alegando resumidamente que o Reclamante jamais teria sido seu empregado, e que jamais teria feito qualquer promessa de emprego à sua pessoa, afirmando ainda que ele somente teria lhe prestado serviços de natureza autônoma em três oportunidades, recebendo a devida contraprestação pelo seu labor.

Negou, ainda, que tivesse incidido em qualquer conduta omissiva ou comissiva que pudesse ter causado dano ao Reclamante, aduzindo mais que suas alegações seriam inverídicas e desacompanhadas de quaisquer provas, por isso que ele deveria ser enquadrado como litigante de má-fé, e condenado ao pagamento das multas correspondentes.

Pois bem. Delimitada nesses termos a controvérsia, impende dizer que a análise das alegações de parte a parte, bem assim o exame das provas que foram coligidas, induzem e conduzem à inexorável conclusão de que a razão e o bom direito estão integralmente ao lado da Reclamada, porquanto o Autor definitivamente não conseguiu se desincumbir do ônus da prova que recaia sobre os seus ombros.

Com efeito, no que tange ao pedido de reintegração, a pretensão autoral não merece acolhida, porque foi o próprio Reclamante que afirmou que o vínculo não se efetivou, que o contrato não se aperfeiçoou, tanto assim que postulou o pagamento das indenizações por danos materiais e morais justamente com base nessa alegação.

Destarte o pleito em questão fica **indeferido**, não apenas por questões de ordem lógica, já que não se pode reintegrar alguém num emprego que jamais foi ocupado; mas também por razões de ordem jurídica, já que não existe qualquer amparo legal para a reintegração pretendida pelo Demandante, inclusive e também porque ele não gozava de qualquer estabilidade ou mesmo de garantia provisória no emprego.

No que tange às pretensões indenizatórias, está claro que se referem à reparação de danos supostamente causados pela Reclamada na fase anterior ao início da execução do contrato, que nem mesmo se consumou, ou seja, à fase da formação contratual ou pré-contratual.

Isso porque o contrato de emprego é um contrato-realidade, e assim sendo, somente é possível se reconhecer sua existência a partir do momento em que se verifica a presença concomitante de todos os seus requisitos: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica, que no caso dos autos não se ocorreu.

A Consolidação das Leis do Trabalho não tem um único dispositivo disciplinando a matéria, por isso que aqui se faz necessária a supletividade do Código Civil Brasileiro, mais precisamente nos seus artigos 427 e seguintes, onde estão reguladas as questões relativas à formação dos contratos.

Ali podemos ver que a formação do contrato de trabalho se inicia com a proposta (oferta ou policação), que pode ser escrita, verbal ou tácita, feita pelo possível futuro empregador ou empregado, e se conclui com a aceitação da parte contrária.

Segundo LUCIANO MARTINEZ¹, a fase pré-contratual se divide em três partes: primeiro a etapa de participação (oferta ao público ou proposta); depois a etapa de conhecimento e de seleção; e por último a etapa de tratativas e de preparação.

Da inteligência dos artigos do Código Civil, acima referidos, podemos inferir também que, além da conclusão do negócio jurídico em si, a proposta e sua respectiva aceitação também implicam obrigação de incluir cláusulas contratuais na forma como foram propostas no ajuste preliminar, respeitando-se, obviamente, o estatuto mínimo de conteúdo obrigatório fixados pela legislação trabalhista.

Dito isso, temos como certo que **a frustração concreta e culposa de um contrato claramente proposto pode levar, obviamente, à obrigação de indenizar a parte prejudicada**, seja o prestador ou, ainda, o tomador dos serviços, afinal de contas, é inequívoco que a proposta feita e aceita regularmente obriga proponente.

1 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.143-145.

Entretanto, no caso específico da relação de emprego, não é qualquer frustração ou negativa de contratação que pode gerar o dever de indenizar, por isso que o Eminentíssimo MAURÍCIO GODINHO DELGADO² é preciso quando afirma o seguinte:

“NÃO SE PODE EXAGERAR A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DESSAS SITUAÇÃO DE POSSIBILIDADE INDENIZATÓRIA ENVOLVENDO O PRÉ-CONTRATO PELA SIMPLES RAZÃO DE QUE UM MÍNIMO DE EXPECTATIVA DAS PARTES SURGE NATURALMENTE QUANDO ELAS SE APROXIMAM PARA INICIAR OU DESENVOLVER CONCERTAÇÕES EM DIREÇÃO A UMA PROPOSTA CONTRATUAL, SENDO DA PRÓPRIA NATUREZA DESSE TIPO DE FASE A GERAÇÃO RAZOÁVEL DE CERTO NÍVEL DE EXPECTATIVAS E FRUSTRAÇÕES ENTRE AS PARTES.”

Desse modo, podemos afirmar que se os entendimentos preliminares percorrerem um *iter* que gere em uma das partes uma expectativa razoável de conclusão do contrato, e uma das partes, sem um motivo justo ou razoável (culpa *in contrahendo*) rompe com esses acertos, a outra terá direito ao ressarcimento do dano causado.

Mas para que isso ocorra, **é necessário que o prejudicado possa provar** que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas ou, ainda, perdeu oportunidades, em virtude de tais entendimentos, ou deixando de aceitar outras propostas. O dano, portanto, depende da prova de culpa extracontratual ou aquiliana daquele que não honrou a proposta, e é representado pelos lucros cessantes e danos emergentes.

Isso porque o dever de indenizar pressupõe não só a conduta lesiva por parte do agente (ato ilícito), mas também a efetivação do dano à vítima e, ainda, a existência do nexo causal entre a conduta praticada e o resultado obtido. Assim, o ônus de provar a existência das supostas ações geradoras e dos danos é da parte autora, a teor do disposto no artigo 818 da CLT.

Como já dito, no caso dos autos, o Reclamante não conseguiu se desincumbir do ônus da prova que recaia exclusivamente sobre os seus ombros, na medida em que não conseguiu demonstrar, de modo robusto, a ocorrência dos fatos centrais quais alicerçaram sua tese, porque não provou que houve a promessa de emprego, e nem mesmo de que se desligou do seu antigo emprego em razão dessa proposta.

Aliás, o Autor não trouxe aos autos um único documento que pudesse servir como prova de que em período anterior ao da suposta proposta de emprego que recebeu da Reclamada estivesse trabalhando na DN Motos, como alegou na inicial, valendo aqui ressaltar que a prova testemunhal que produziu foi frágil, muito frágil mesmo, não servindo sequer como indício da veracidade das suas alegações.

Destarte, a verdade mesmo é que as testemunhas arroladas pelo Obreiro **não souberam esclarecer qualquer aspecto relevante a respeito dos fatos aqui discutidos**, tendo sido bastante evasivas e dado informações absolutamente genéricas, sem qualquer relevância para o deslinde da controvérsia discutida nestes autos, nada dizendo a respeito da alegada promessa de emprego e nem mesmo do pedido de demissão do Autor.

Nesse passo, a primeira testemunha que foi arrolada disse textualmente que **“NÃO SABE SE O RECLAMANTE TRABALHOU PARA ALGUMA LOJA DE MOTO EM GUANAMBI”**, afirmando em seguida, apenas, **“QUE O RECLAMANTE FEZ UM CONSÓRCIO DE UMA MOTOCICLETA PARA O SEU FILHO”** (fl. 98-verso).

Nessa mesma linha, o depoimento da segunda testemunha inquirida, também arrolada pelo Reclamante, não lhe foi suficientemente favorável, porque o testigo disse somente que **“VIU O RECLAMANTE COM A FARDA DA DN UMA LOJA DE MOTOS”** (fls. 98/99), fato esse que evidentemente não tem potencial para comprovar a existência de relação de emprego.

Por outro lado, a testemunha arrolada pela Reclamada, segura e tranquila no seu depoimento, foi taxativa ao dizer apesar de saber que o Reclamante havia prestado serviços para o Senhor Cássio,

sócio da Reclamada, **“EM MOMENTO ALGUM A DEPOENTE ACHOU QUE O SR. SAULO IRIA TRAAHAR NA LOJA, PORQUE CASIO HAVIA LHE DITO QUE SOMENTE IA CONTRATAR DUAS PESSOAS, A DEPOENTE E ROGÉRIO, PREPOSTO AQUI PRESENTE”** (fls. 99).

Com relação aos e-mails apresentados pelo Reclamante, é curial esclarecer que embora eles possam representar um simples indício da existência de uma relação de trabalho, mas **não de emprego**, entre as partes, porque deles não se infere a mínima sombra de que havia qualquer subordinação jurídica, e nem mesmo onerosidade, pessoalidade ou continuidade.

Feitas essas considerações, acrescento no plano doutrinário que comungo do entendimento que o princípio da primazia da realidade não tem aplicação restrita, apenas, em favor do trabalhador, por isso, sempre que houver discrepância entre o que foi alegado sem provas robustas e o que normalmente se apresenta no mundo dos fatos, são estas máximas da experiência que devem prevalecer.

Vale ainda lembrar que, segundo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais prevaletentes, na iniciativa privada, contratar ou não um empregado constitui um **direito potestativo** do empregador, por isso que não se pode considerar que a simples frustração de uma proposta acarrete, por **si só e desacompanhada de outras circunstâncias**, danos na esfera de direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais do trabalhador, especialmente porque a não contratação **não configura ato ilícito**.

Por definição, caracteriza-se o dano moral quando se verifica a ofensa aos bens incorpóreos do Obreiro, consubstanciados na auto-estima, na honra, na privacidade, na imagem e no nome, causando-lhes dor, sofrimento e vergonha, mediante calúnia, ofensas físicas e morais, decorrente da atuação direta do empregador ou de seus prepostos.

Segundo ROBERTO FERREIRA, citado por SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA (*in* Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador, LTR, 4^a Ed. - maio/2002), “OS BENS MORAIS CONSISTEM NO EQUILÍBRIO PSICOLÓGICO, NO BEM-ESTAR, NA NORMALIDADE DA VIDA, NA REPUTAÇÃO, NA LIBERDADE, NO RELACIONAMENTO SOCIAL, E A SUA DANIFICAÇÃO RESULTA EM DESEQUILÍBRIO PSICOLÓGICO, DESÂNIMO, DOR, MEDO, ANGÚSTIA, ABATIMENTO, BAIXA DA CONSIDERAÇÃO À PESSOA, DIFICULDADE DE RELACIONAMENTO SOCIAL”.

E o direito à reparação civil, seja por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, pressupõe a demonstração **concomitante** de três elementos: o dano, a culpa do causador do dano (continuamos entendendo ser esta a regra, apesar do parágrafo único do art. 927 do “Novo” Código Civil) e o nexa causal entre a ação ou omissão do suposto causador e o dano verificado.

Ocorre que não houve aqui a demonstração, por meio de prova robusta, de qualquer um desses requisitos. Nesse sentido, este E. TRT da 5^a Região tem diversos precedentes, como bem ilustram as ementas abaixo transcritas:

FASE PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. O DEVER DE INDENIZAR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL SOMENTE SURGE QUANDO A EXPECTATIVA ORDINÁRIA DE CONTRATAÇÃO É SUBSTITUÍDA PELA PROMESSA CONCRETA (PROPOSTA), E ESTA RESTA FRUSTRADA SEM JUSTO MOTIVO PELA OUTRA PARTE. PROCESSO 0001434-70.2011.5.05.0132 RECORD, AC. N.º 139634/2013, RELATORA DESEMBARGADORA MARAMA CARNEIRO, 1^a. TURMA, DJ 01/04/2013.

REPARAÇÃO CIVIL. TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”. INCERTEZA DO DANO. NÃO SE DEVE INDENIZAR PELA “PERDA DE UMA CHANCE” SE A PRÓPRIA OPORTUNIDADE ERA INCERTA. A MERA TRATATIVA PRÉ-CONTRATUAL DE ANÁLISE DE DOCUMENTOS NÃO DÁ AO REQUERENTE A CERTEZA DE QUE SERIA CONTRATADO. PROCESSO 0000016-80.2012.5.05.0191 RECORD, AC. N.º 131029/2013, RELATOR DESEMBARGADOR RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2^a. TURMA, DJ 28/01/2013.

DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL ENSEJADOR DE COMPENSAÇÃO INDENIZATÓRIA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO QUE CAUSE DOR E CONSTRANGIMENTO AO INDIVÍDUO FORA DA NORMALIDADE, NÃO SE

CONFUNDINDO COM O ABORRECIMENTO CAUSADO POR CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. PROCESSO 0000298-15.2012.5.05.0581 RECORD, AC. N° 125862/2012, RELATORA DESEMBARGADORA LOURDES LINHARES, 4ª. TURMA, DJ 04/12/2012.

Feitas todas essas considerações, **indefiro** os pedidos de pagamento das indenizações por danos materiais e morais postulados pelo Reclamante, porquanto não prosperam os fundamentos que embasaram as suas pretensões, não tendo ficado demonstrada a ocorrência de qualquer um dos elementos autorizadores do deferimento de tais pleitos.

2.2. DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – No que diz respeito a este ponto, impende dizer que não vislumbrei nestes autos a conformação do fenômeno da litigância de má-fé de qualquer das partes, mas apenas e tão somente o legítimo exercício do direito de ação, do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, tudo dentro dos limites legais, razoáveis e proporcionais. Indefiro, assim, as pretensões de condenação das partes nesse sentido.

2.3. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Conforme entendimento jurisprudencial cristalizado nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, na Justiça do Trabalho os honorários de advogado somente são devidos quando houver sucumbência e quando preenchidos os requisitos exigidos pelos §§ 1º e 2º do artigo 14 da Lei N° 5.584/70, quais sejam: condição de miserabilidade do trabalhador e assistência do Sindicato de Classe. No caso destes autos, além de não ter havido sucumbência da parte reclamada, a última condição não se encontra satisfeita, razões mais do que suficientes para se indeferir o pleito.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e considerando o que mais dos autos consta, **julgo IMPROCEDENTE** a postulação contida na **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA** movida por **SAULO LOPES RAMOS** contra a **BARRETTO E DINIZ LTDA** para **absolvê-la** do pagamento de todas as parcelas postuladas na inicial, tudo consoante os termos da fundamentação supra, que deve ser considerada parte integrante do presente decisum como se aqui literalmente transcrita.

Custas pelo Reclamante, no importe de R\$100,00, calculadas sobre R\$5.000,00, valor arbitrado à causa exclusivamente para este fim, de cujo pagamento fica dispensado em face do benefício da justiça gratuita que lhe foi outorgado.

INTIMEM-SE AS PARTES. Nada mais. Encerrou-se a audiência. E, para constar, foi lavrada a presente ata que vai assinada na forma da lei.

IVO DANIEL PÓVOAS DE SOUZA
JUIZ DO TRABALHO

PROCESSOS N° 0005800-58.2012.5.17.0141 e 0009300-35.2012.5.17.0141

Vistos e bem examinados os autos, passo a proferir a seguinte

SENTENÇA**1- RELATÓRIO**

ANSELMO DOS REIS COUTO, devidamente qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista contra **FRISA – FRIGORIFICO RIO DOCE S/A**, aduzindo, em síntese, que foi admitido pela reclamada em 05/01/09, para exercer a função de auxiliar de indústria, sendo dispensado em 18/01/12, por justa causa com a qual não concorda e que faz jus a indenização por dano moral.

Postula os direitos elencados às fls. 04.

Com a inicial foram colacionados a procuração e os demais documentos de fls. 06/12.

Proposta conciliatória inicial rejeitada.

A reclamada ofereceu resposta escrita, sob a forma de contestação, (vide fls. 22/39), pugnando pela improcedência dos pedidos vindicados.

Juntou procuração e demais documentos às fls. 18, 19, 40/86.

Manifestação autoral às 87/91.

Valor da causa o da inicial.

Produzida prova documental e testemunhal (fls. 105/106).

Reunidos a estes, os autos da Ação de Consignação em Pagamento ajuizada pela reclamada (0009300-35.2012.5.17.0141).

Razões finais orais remissivas.

Derradeira proposta conciliatória rejeitada.

É a lide, no essencial.

Tudo bem visto e examinado, decido.

2- FUNDAMENTAÇÃO**DOS PEDIDOS VINDICADOS**

A reclamada alega que dispensou o autor por justa causa eis que o mesmo teria cometido faltas graves assim consubstanciadas: ato de improbidade, embriaguez em serviço e ato de indisciplina e insubordinação.

Afirma a empregadora que o autor, *in verbis*: "retirou vinho do estoque da empresa, bebeu durante o horário de trabalho, ficou exaltado, danificou o avental e a proteção da maca, desrespeitou ordem do encarregado, Sr. Valter, e depois saiu da fábrica, fazendo ameaças dizendo para o encarregado, 'que iria

ADRIANA CORTELETTI P. CARDOSO

Juíza do Trabalho

Sentença

Processos N° 0005800-

58.2012.5.17.0141 e 0009300-

35.2012.5.17.0141

Vara da Justiça do Trabalho de

Colatina (ES)

embora e iria infernizar"

Diante de tão graves alegações, quando da audiência, indaguei o autor sobre os fatos que lhe foram imputados pela empregadora sendo certo que o vindicante os negou de forma incisiva, reafirmando que os fatos se passaram como fora descrito na exordial.

Bem, sem êxito, pois, a conciliação, cada uma das partes insistindo em sua respectiva versão dos fatos sendo estes absolutamente díspares e dissonantes, passei à oitiva das testemunhas, e como raramente ocorre, a verdade surgiu cristalina.

Enquanto prosseguia na instrução processual, lembrei-me, de imediato, do belíssimo poema de Carlos Drummond de Andrade, que com sua singular genialidade assim descreve a verdade.

Verdade

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

Na hipótese dos autos, não houve meia verdade, ilusão de ótica, verdades "diferentes e divididas", mas ainda verdades, de que os fala o poeta.

Transcendeu a verdade do autor, completa, absoluta, única, e o acintoso abuso da empregadora, no trato com o reclamante.

A "verdade" é a seguinte.

O autor, operoso empregado, admitido em 05/01/09, sem qualquer registro funcional desabonador até então, um dia, em 12/01/12, esqueceu-se de fazer uso de medicamento que lhe foi devidamente prescrito em razão de quadro depressivo que manifestou após a morte de seus genitores. Perdeu o autor o pai, em um dia e dois dias seguintes perdeu a mãe.

A partir de então, com quadro depressivo, que NÃO O IMPOSSIBILITAVA, EM ABOLUTO DE EXERCER SUAS ATIVIDADES FUNCIONAIS, tanto que sempre as exerceu de forma adequada, foi medicado passando a fazer uso do conhecido Rivotril.

Um dia esqueceu-se de tomar o medicamento.

No dia seguinte, no trabalho, próximo do horário de almoço (meio dia) sentiu-se mal, com tontura e vontade de chorar, fazendo menção, quando conversava com a colega Glória, cujo depoimento se encontra às fls. 105, que lhe ofereceu uma xícara de café para acalmá-lo, aos seus genitores, que haviam falecido, à lembrança e falta destes, cuja perda foi praticamente simultânea.

Cioso de que deveria cumprir seus deveres funcionais, após tomar a xícara de café oferecida pela colega Glória, o autor retornou ao trabalho, sendo que o Sr. Valter, encarregado, quando retornou do seu horário de almoço e sabendo do ocorrido pela Sra. Glória, pediu para o reclamante parar de trabalhar (possivelmente se o reclamante o tivesse atendido seria advertido no dia seguinte, por ter "se ausentado do trabalho").

O autor então lhe disse que estava bem, poderia cumprir suas tarefas e que queria permanecer laborando, o que efetivamente o fez até que o gerente geral Sr Ricardo, solicitou que o mesmo fosse embora. Em tal momento, o autor retirou o avental "**que era de plástico e rasga fácil**" como relatado pelo Sr. Valter encarregado, quando ouvido pelo Juízo e foi embora, entrando no ônibus da reclamada na área da empresa.

Em tal momento, a reclamada já havia acionado a polícia, sendo que a autoridade policial, prontamente já no local, abordou o autor dentro do ônibus, repito, na área da empresa, o revistou, verificou que o mesmo PORTAVA APENAS SEUS DOCUMENTOS PESSOAIS, INOFENSIVO, POIS, determinou que o postulante "retornasse à empresa", quando insistentemente a reclamada determinou que o autor "fosse embora para casa" e por fim, consagrando, o ápice do absurdo o algemou e o levou à delegacia, por razões inexplicáveis. Todos esses fatos ora descritos foram relatados com precisão e acuidade pela autoridade policial que "atendeu" o autor, ouvida pelo Juízo como testemunha (vide depoimento de fls. 106).

O reclamante não é um bandido. É um trabalhador. Estava em seu horário de trabalho, no ônibus da empresa, **cumprindo a ordem que lhe foi determinada pela empregadora, para que "fosse embora"**, embora preferisse insistentemente terminar sua jornada laboral. Não deveria, portanto, ter sido tratado como um delinquente, até porque não oferecia qualquer perigo aos demais empregados que estavam no ônibus.

A autoridade policial, como já mencionei, também ouvida como testemunha, relatou que, quando o revistou, o vindicante portava apenas os seus documentos pessoais e "NENHUM OUTRO OBJETO QUE NÃO PUDESSE PORTAR". Era apenas um cidadão, um "pacato cidadão", de volta para casa, como a empregadora havia EXPRESSA E INSISTENTEMENTE determinado. Nada obstante FOI ALGEMADO E CONDUZIDO À DELEGACIA e na sequencia dispensado "por justa causa", aliás, "várias causas justas para a dispensa" muitas faltas graves lhe foram imputadas.

Disse a empregadora de forma expressa, textual e insistente, que o autor estava embriagado, tendo subtraído o vinho utilizado para o tempero das carnes e dele bebido.

Registro que TODAS as testemunhas ouvidas pelo Juízo, foram trazidas pela reclamada. O autor não produziu prova testemunhal.

Bem, as duas testemunhas que trabalham na empresa, colegas do autor, a Sra. Glória e o encarregado Sr. Valter, e que com ele tiveram contato DIRETO E PRÓXIMO no dia do "ocorrido" afirmaram que NÃO SENTIRAM CHEIRO DE BEBIDA ALCOOLICA, quando estavam bem próximos do vindicante, ao contrário do alegado pela reclamada.

Relatou ainda a testemunha Glória que no setor onde fica a bebida há sempre um empregado e que "NÃO VIU O RECLAMANTE ENTRANDO EM TAL SETOR NESTE DIA". Logo, como poderia ter subtraído a bebida para dela consumir?

Na mesma linha, afirmou o encarregado que a bebida fica no almoxarifado e que para a retirada do vinho a ser utilizado como tempero é preciso autorização e ainda que "SEMPRE HÁ PESSOAS NO ALMOXARIFADO". Logo, o autor teria que ser invisível para adentrar no almoxarifado sem que ninguém o visse e retirar a bebida, sem autorização.

Alegou ainda a reclamada que o autor "*danificou o avental e a proteção da maca*".

As testemunhas infirmaram, por completo, tais fatos.

O Sr. Valter afirmou que o "*avental é de plástico e rasga fácil*" tendo simplesmente rasgado quando o autor o retirou para ir embora.

Quanto à maca também tal testemunha relatou que NÃO VIU O RECLAMANTE DANIFICANDO A MACA. Quanto à alegação da autoridade policial de que ele, somente ele, sentiu odor de bebida alcoólica quando revistou o reclamante não a considero, diante a truculência da conduta adotada com o autor. Aliás, causa-me estranheza a "rapidez" da "chegada" da autoridade policial, em local e ambiente fabril, onde somente há trabalhadores, quando tão solicitada onde dela mais se necessita. Seguramente não no chão da fábrica, no ônibus onde o empregado, cumprindo ordens de seu empregador, se dirige para casa.

Diante de tudo o que fora exposto, resta evidente que a reclamada abusou, excedeu, em muito do seu poder diretivo, além de ter lançado acusações levianas e infundadas contra o seu empregado. Uma coisa é "manter" a disciplina na fábrica, como a reclamada efetivamente o faz, outra, bem distinta é extrapolar o limite do razoável, do justo, abusando de seu poder diretivo, causando constrangimento, vexame ao empregado, no exercício de tal direito, lívido de certeza que ele é absoluto e não encontra qualquer limite, nem tampouco no salutar respeito à dignidade da pessoa humana.

O autor teve "um dia ruim", "um dia de tristeza", talvez desencadeado pela não ingestão de seu medicamento habitual no dia anterior ou pela lembrança de seus genitores, falecidos simultaneamente. Somente isso. Queria trabalhar, terminar sua jornada.

Acabou algemado no pátio da empresa, conduzido para a delegacia e dispensado pelo cometimento de "inúmeras e graves faltas" todas infirmadas pelas testemunhas.

A reclamada não somente descumpriu normas que devem reger a relação entre as partes de um contrato de trabalho, mas também descumpriu normas que devem reger qualquer relação humana dentre a qual a empregatícia não se exclui. O empregado é um ser humano, cuja faceta humana da tristeza, um dia se manifestou em seu local de trabalho. A empregadora agiu com desumanidade.

Devidas, pois, TODAS, as verbas postuladas decorrentes da ruptura contratual por iniciativa da empregadora e ainda óbvio, ululante indenização por gravame moral, diante da reprovável conduta da empregadora que humilhou, ofendeu, denegriu, achincalhou o seu empregado, para que com o "rigor" de sua equivocada conduta, "servisse de exemplo para os demais empregados".

A indenização fica deferida no importe pretendido, correspondente a cinquenta vezes a última remuneração do autor constante no TRCT de fls.61, mais do que compatível com a notória capacidade econômico financeira da empregadora e que também deve assumir caráter pedagógico para que a mesma seja mais cuidadosa no trato para com os seus empregados.

O benefício seguro-desemprego fica deferido sob a forma de indenização, diante da impossibilidade da percepção de tal benefício pelo empregado, por culpa da ré.

O corolário lógico e jurídico do exposto é a improcedência das pretensões estampadas na ação de consignação em pagamento, autorizada a dedução do valor levantado pelo autor/ consignado, objeto daquela ação.

Defiro a assistência judiciária ao reclamante, ante a declaração expendida na peça de ingresso nos termos do artigo 790, § 3º do texto consolidado, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.537/02 e artigo 2º parágrafo único da Lei 1.060/50, que compreende a isenção de honorários advocatícios, sendo certo que a declaração firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira, na forma do artigo 1º da lei 7.115/83.

O corolário é o deferimento da verba honorária, no importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 11 da Lei 1.060/50 e enunciado 219, *in fine* do Colendo TST, que dispõe ser devida a verba honorária na hipótese da parte encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Deferida, pois, a assistência judiciária, devida a verba honorária, nos termos do referido verbete sumular. Note-se que este, em sua parte final, utiliza a locução "ou" e não "e", sinalizando de forma clara e inequívoca no sentido de que a assistência judiciária não é monopólio sindical e que são devidos honorários advocatícios, quando deferida a assistência judiciária. Entendimento em consonância com a súmula 450 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe com meridiana clareza, *in verbis*:

"SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO SEMPRE QUE VENCEDOR O BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA".

Ressalto, ainda, que a assistência judiciária disciplinada nos preceitos legais retro mencionados, não é uma exclusividade dos sindicatos. O artigo 789, § 10º do texto consolidado, que disciplinava a matéria antes do advento da Lei 10.537/02 não dispunha que na Justiça do Trabalho a assistência judiciária "só seria prestada pelo sindicato". Se assim fosse, como ficariam os empregados não sindicalizados? E aqueles residentes nas cidades onde não há sede do sindicato, assim como os empregados que discordem da orientação adotada pelos sindicatos? Ademais a interpretação limitadora violando inclusive a literalidade da lei **viola princípio igualitário basilar que é o da própria escolha de advogado pelo litigante**. Tal conclusão resta ainda mais evidente após o advento da referida Lei 10.537/02 que sequer disciplina sobre a prestação de assistência judiciária pelo sindicato, revogando de forma expressa o artigo 789, § 10º.

Pontes de Miranda em seus Comentários ao CPC de 1939 já assinalava que "a escolha de advogado pela parte marca a evolução da justiça gratuita no Brasil".

Decorrido mais de meio século, entendimento no sentido de ser monopólio sindical a assistência judiciária, *venia concessa*, não se coaduna com o moderno processo e com a *Lex Fundamentalis*.

A par de tais fundamentos, reputo devida a verba honorária advocatícia na forma dos artigos 20 do CPC e 133 da C.F.

3-DISPOSITIVO

Do exposto, julgo **PROCEDENTES** os pedidos vindicados nesta reclamação trabalhista proposta por **ANSELMO DOS REIS COUTO**, contra **FRISA – FRIGORIFICO RIO DOCE S/A**, condenando a reclamada, a pagar ao autor, no prazo de oito dias e conforme se apurar em regular procedimento liquidatório, as verbas deferidas na fundamentação que a este *decisum* integra para todos os fins, nos termos e limites nela consignados.

Devida a verba honorária advocatícia, no importe de 15% do valor da condenação.

Juros de mora incidentes desde a data do ajuizamento da ação, na forma da lei. A correção monetária deve ser aplicada com índice do primeiro dia do mês subsequente ao da prestação de serviços, ou da exigibilidade da prestação, na forma da Súmula 381 do C. TST

Quanto à indenização por dano moral, aplicável a Súmula nº 439 do Colendo TST que assim dispõe: **DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL - Res. 185/2012, DEJT**

divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

Quanto às parcelas previdenciária e fiscal observar-se-á a Súmula 368 do Colendo TST.

Custas pela reclamada, no importe de R\$1.400,00, calculadas sobre R\$70.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

Dê-se ciência às partes.

Em Colatina,
Aos vinte e seis dias do mês de novembro de 2012.

ADRIANA CORTELETTI PEREIRA CARDOSO
JUIZA DO TRABALHO

PROCESSO N° 0001001-71.2011.5.05.0001

Aos 13 de fevereiro de 2012, às 09:07 horas, estando aberta a audiência da 1ª Vara Federal do Trabalho de Salvador - Bahia, na presença do Exmo. Sr. Juiz Federal do Trabalho, Dr. **RODOLFO MÁRIO VEIGA PAMPLONA FILHO**, foram, por ordem do(a) Exmo. Sr. Dr. Juiz Titular, apregoados os litigantes:

JALMA CRISTINA DE SOUSA SILVA MACÊDO, Reclamante.
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, Reclamado.

PARTES AUSENTES. Em seguida, foi proferida a seguinte **DECISÃO**:

**RODOLFO MÁRIO VEIGA PAMPLONA
FILHO**

Juiz do Trabalho
Sentença

Processo nº 0001001-
71.2011.5.05.0001 RTOrd
1ª Vara Federal do Trabalho
de Salvador

01. RELATÓRIO:

JALMA CRISTINA DE SOUSA SILVA MACÊDO ajuíza reclamação trabalhista em face de **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, pleiteando as verbas alinhadas na inicial de fls. 01/19, tendo anexado os documentos de fls. 20/51, requerendo antecipação dos efeitos da tutela para sustar qualquer tentativa de extinção do vínculo empregatício até decisão final, o que foi deferido pelo Juízo.

O reclamado, devidamente notificado, fez-se representar em audiência e, nesta, ofereceu defesa, em peça única, de fls. 64/79, acompanhada dos documentos de fls. 80/114, acerca dos quais manifestou-se a reclamante às fls. 117/134.

Alçada fixada em quantia superior ao dobro do salário mínimo legal.

Dispensado o interrogatório das partes e a oitiva de testemunhas, tendo os litigantes declarado não ter outras provas a produzir, pelo que foi determinado o encerramento da instrução.

Razões finais aduzidas.

As propostas conciliatórias não lograram êxito.

É O RELATÓRIO.**DECIDE-SE.****02. FUNDAMENTOS:****02.01. Do Mérito:****02.01.01. Da possibilidade de acumulação. Da natureza do cargo exercido pela reclamante:**

Afirma a reclamante que ingressou, mediante concurso público, nos quadros funcionais da acionada em abril de 2007, para ocupar o emprego público de "Técnico Bancário". Informa, ainda, que, desde outubro de 1992, exerce o cargo público de "Professor Regente" na Secretaria de Educação do Estado da Bahia. Alega, ademais, que tal acúmulo não seria irregular, porque a sua situação estaria enquadrada na exceção constitucional materializada na regra da alínea b), do inciso XVI, do artigo 37 da Constituição Federal. Sustenta, com base em tais argumentos, que seria ilícita a determinação da Reclamada no sentido de que fizesse opção pela permanência em um dos cargos, postulando a declaração da legalidade do já referido acúmulo de cargos, bem assim pela determinação de manutenção do seu emprego na demandada.

A reclamada, a seu turno, afirma que o autor acumula indevidamente cargos públicos, já havendo, inclu-

sive, ultimado procedimento administrativo disciplinar em que se decidiu pela rescisão do contrato de trabalho entre as partes (consoante documento acostado à fl. 137). Alega que só pode ser considerado técnico “o perito, o louvado, a pessoa conhecedora de uma disciplina, pessoa capaz de fornecer ao juiz subsídios específicos”. No caso do cargo de “Técnico Bancário”, aduz inexistir conhecimento especializado para seu desempenho, não se configurando, em verdade, como cargo de natureza técnica. A reclamante, assim, não se enquadraria do permissivo constitucional de acumulação de cargos.

Delimitando a questão a ser apreciada, cabe a este Juízo verificar se o cargo e o emprego ocupados pela reclamante são passíveis de acumulação lícita. Mais precisamente, se a sua situação pode ser enquadrada no permissivo constitucional disciplinado pelo art. 37, inciso XVI, alínea b), da Carta Política c/c o inciso XVII do mesmo dispositivo, cujo teor a seguir se transcreve:

Art. 37. omissis

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

O inciso XVI do referido artigo constitucional, como se depreende de sua leitura, veicula a proibição de acumulação de cargos públicos (estendida, pelo dispositivo que lhe segue, a empregos e funções públicos), ressalvando apenas as hipóteses previstas em suas alíneas. Em qualquer caso, esclarece a regra constitucional, deve haver compatibilidade de horários e observância ao teto remuneratório do serviço público.

Não obstante a impositividade do mencionado dispositivo, não é dado olvidar que não se interpreta o direito em tiras¹. Há, pois, que se compatibilizar a regra já declinada com a integralidade do ordenamento constitucional, a fim de que se possa fixar o alcance da restrição.

O artigo em exame revela-se, desde logo, como limitação à ampla liberdade de exercício profissional, prevista no art. 5º, inciso XIII², da Carta de 1988, norma de eficácia contida, segundo a tradicional classificação de José Afonso da Silva. Está-se diante, observe-se, de verdadeira exceção constitucional a uma das dimensões do direito ao trabalho.

Diante de tal constatação, é necessário o fundamento que conduziu o constituinte a admitir, art. 37, inciso XVI, alínea b), a acumulação de um cargo técnico ou científico com um de professor.

A razão de ser do permissivo constitucional reside no reconhecimento da educação como direito social³ e meio privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana⁴ nos mais variados campos da vida. A relevância social do magistério é o elemento justificador da admissibilidade de sua acumulação com um cargo de natureza técnica ou científica, desde que se observe o teto remuneratório e a compatibilidade de horários, a fim de que nenhuma das atividades reste prejudicada.

Assentada essa compreensão, tem-se que o labor interpretativo sobre o dispositivo mencionado só estará concluído com a fixação, harmônica com a integralidade do texto constitucional, do sentido da expressão “cargo técnico” empregada pela Carta de 1988. *In casu*, importa perquirir se o emprego que a reclamante acumula, na Caixa Econômica Federal, enquadra-se na noção de cargo (*rectius*: cargo, emprego ou função) de natureza técnica.

1 GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e a aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

2 XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

3 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Diversamente do sustentado pela ré, não é lícito extrair do dispositivo constitucional em comento norma que identifique cargo técnico estritamente como aquele para o qual se exige nível superior de formação acadêmica ou aquele para o qual é necessária habilitação formal específica agregada ao nível médio.

Em verdade, o conteúdo a ser atribuído à regra constitucional é suficientemente esclarecido pela autora ao afirmar que as atribuições inerentes a cargos desta natureza “só podem ser exercidas se o seu titular dominar conceitos, métodos específicos e ferramentas que o habilitam a solucionar os problemas concretos na sua área de atuação que demandam conhecimento teórico”.

E dúvida não há de que o emprego de “Técnico Bancário” exige, para o ingresso na atividade, conhecimentos específicos e, para o desempenho das atribuições, saberes especializados e atuação metódica e sistematizada, conforme aos preceitos da profissão. Nesta ordem de idéias, o edital de abertura do correspondente concurso, acostado às fls. 138/149, elenca, em seu conteúdo programático, conhecimentos específicos relativos, exemplificativamente, a serviços e procedimentos bancários, títulos de crédito e mercado de capitais. Da mesma maneira, o rol de atribuições da acionante (fls. 21 e 27) demonstra a necessidade de emprego de saberes e instrumental peculiares à atividade bancária.

Ressalte-se, por oportuno, que a demandada não provou a existência de incompatibilidade de horários entre os cargos ou, mesmo, a ocorrência de qualquer déficit de desempenho ou produtividade. Limitando-se à alegação genérica da inacumulatividade, a ré não fez prova da aplicação de critérios objetivos idôneos a verificar eventual violação ao requisito constitucional do harmônico exercício de ambas as atividades. Compulsando os autos, este Magistrado, por sua vez, não constata óbice ao exercício concomitante do cargo de professora e do emprego de “Técnico Bancário” relativamente aos horários de trabalho, não havendo indicativo do comprometimento de atribuições de qualquer deles.

Por essas razões, ratifico os termos da antecipação dos efeitos da tutela anteriormente concedida (fl. 55), deferindo o pleito principal formulado nesta ação, para declarar legal o acúmulo do cargo de “Professor Regente” com o emprego de “Técnico Bancário”, ocupados pela reclamante, que não poderá ser despedida pela Caixa Econômica Federal com base nesse fundamento. Para garantir a efetividade desta decisão, comino multa diária de R\$ 1.000,00 para a eventual hipótese de descumprimento, a ser acrescida dos salários correspondentes.

03. CONCLUSÃO:

Ex positis, decide o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Salvador julgar PROCEDENTE a postulação de **JALMA CRISTINA DE SOUSA SILVA MACÊDO** em face de **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, nos termos da Fundamentação supra que passa a integrar este decisum como se aqui estivesse literalmente transcrita. Comino multa diária de R\$ 1.000,00 para a eventual hipótese de descumprimento, a ser acrescida dos salários correspondentes.

Custas pela ré, no importe de R\$ 500,00, calculadas sobre R\$25.000,00, valor arbitrado à causa especialmente para este fim.

Prazo de lei para interposição de recurso. **INTIMEM-SE AS PARTES.**

E, para constar, foi lavrada a presente ata, que segue assinada na forma da lei.

RODOLFO MÁRIO VEIGA PAMPLONA FILHO
JUIZ TITULAR

p/ **DIRETOR DE SECRETARIA**
Secretário de Audiências

PROCESSO N° 0000513-72.2012.5.05.0651

RINALDO GUEDES RAPASSI

Juiz do Trabalho

Sentença

Processo n° 0000513-

72.2012.5.05.0651

Vara do Trabalho de Bom Jesus da

Lapa

ATA DE JULGAMENTO

Aos 14 dias do mês de agosto de 2012, às 15h00min, instaurada audiência presidida pelo Exmo. Sr. Juiz do Trabalho *RINALDO GUEDES RAPASSI*, foram apreçados os litigantes:

RECLAMANTE: BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A.

RECLAMADA: UNIÃO

Ausentes as partes.

Vistos e examinados os autos do processo, avaliados os indícios e as provas, bem assim consideradas as demais circunstâncias constantes dos autos, foi prolatada a seguinte

SENTENÇA

BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A. ajuizou ação anulatória em face de UNIÃO, postulando a desconstituição de 33 autos de infração e da decisão administrativa "que concluiu pela responsabilidade da autora pela submissão dos trabalhadores das empresas que lhe prestavam serviços a condições análogas à de escravo" (fls. 90), com pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Requereu, ainda, a não inscrição da empresa "nos cadastros de inadimplentes (CADIN) em razão dos supostos débitos com a Fazenda Pública, decorrentes dos autos de infração listados nos itens 1.a e 1.b acima" (fls. 91). Juntou documentos (fls. 93/1773).

Em 26/6/2012 os autos foram conclusos (fls. 1777) ao magistrado que, em 27/6/2012, indeferiu, "por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela inaudita altera parte" (fls. 1778/1778v).

Na mesma data, os autos foram encaminhados à União, requerida.

Em 10/7/2012, a requerente alegou "fato novo", consistente em haver recebido "notificação formal de que seus recursos administrativos foram julgados insubsistentes e que sofrerá todos os efeitos de tal decisão administrativa, inclusive pagar as multas impostas pela autoridade fiscal no total de R\$132.817,72". Argumentou também que tal decisão corresponde ao "final julgamento dos recursos administrativos", o que resultará na consequente inclusão "no Cadastro de Empregadores que tenham mantido Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo, comumente chamada 'lista suja' pelo MTE". Pretendeu, assim, novo exame do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Juntou documentos novos e, ainda, cópia de todas as páginas dos autos.

Naquela oportunidade, a requerente depositou judicialmente o valor integral das multas que lhe foram impostas (fls. 2458 – 13° vol.). Deferi parcial e liminarmente medida de antecipação dos efeitos da tutela de mérito para retirar parcialmente a eficácia dos Autos de Infração n°s 19232446, 19232462, 19232471, 19232489, 19232403, 19232411, 19232390, 19232420, 19232438, 14274744, 19232454, 14274604, 14274710, 14274701, 14274728, 14274736, 14274752, 19232373, 19232381, 14274698, 14274574, 14274590, 14274566, 14274558, 14274620, 14274612, 14274639, 14274647, 14274655, 14274663, 14274671, 14274680 e 14274582, a fim de vedar a respectiva inscrição em dívida ativa, e, ainda, para que por eles não conste o nome da requerente BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A. em Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, a ser paga pessoal e solidariamente, neste caso, pela Secretária de Inspeção do Trabalho e, naquele, pelo Procurador competente, e, em ambos, alternativamente, por outra autoridade eventualmente responsável, na hipótese de

descumprimento (fls. 2427/2428v – 13° vol.).

Embora regularmente notificada (fls. 1775 e 1781 – 9° vol.), a requerida não compareceu à audiência designada para 1°/8/2012 (fls. 3403/3406 – 18° vol.). Protocolou contestação (fls. 2464/2483 – 13° vol.).

A requerente arguiu a revelia e a confissão ficta da União, legandose a decisão para esta sentença. A requerente impugnou a contestação.

Realizou-se inspeção judicial. Foram ouvidas testemunhas e encerrada a instrução sem outras provas.

Razões finais foram aduzidas pela requerente.

Frustradas as tentativas de conciliação.

É o relatório.

REVELIA E CONFISSÃO FICTA

Embora regularmente notificada para comparecer em Juízo (fls. 1775 e 1781 – 9° vol.), a parte reclamada não se apresentou à audiência em que deveria depor (fls. 3403/3406 – 18° vol.).

Ocorre que a presença das partes em audiência ou, ao menos, de seus procuradores (art. 133 da CR, no que aqui aplicável) é de extremo interesse à boa e precisa administração da justiça e decorre dos *princípios da oralidade e da colaboração processual*; além de, inegavelmente, contribuir para a eventual realização do próprio interesse jurídico dos atores processuais.

Além disso, basta faltar uma das partes e seu patrono para que resulte comprometida a conciliação — ainda que parcial ou sobre a interpretação consensual de algum aspecto do objeto da demanda —, figura tão valorizada nesta Justiça Especializada a merecer anualmente, inclusive, uma Semana especialmente a ela dedicada.

É por isso que o comparecimento em audiência designada, sobretudo quando prévia e explicitamente cominado efeito por não atendimento à determinação judicial, **não é mera faculdade da parte, mas ônus processual**.

Essa mesma consequência jurídica aplica-se à falta da **pessoa jurídica de direito público** à audiência que deveria comparecer para depor. De fato, o Tribunal Superior do Trabalho, de há muito, já tem por pacífica **a revelia e a confissão ficta** como efeitos decorrentes dessa ausência desidiosa, como se colhe da OJSBDI1-152, assim redigida:

“OJ-SDI1-152 - REVELIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL. (ART. 844 DA CLT). Inserida em 27.11.98 (inserido dispositivo, DJ 20.04.2005)
Pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT.” (sublinhei)

A esse respeito, vale ressaltar ainda que a presunção relativa de veracidade dos atos públicos, como a lavratura de autos de infração e a imposição de multas pela Fiscalização do Trabalho, é instituto de direito material, e não processual. Não é absoluta, nem ilimitada (CR 114, VII).

Por isso, admite-se a descaracterização dessa presunção relativa de veracidade na hipótese de incorreção formal ou fática (material) do auto de infração, a ser influenciada, no processo, pela confissão ficta.

Nesse contexto, **DECLARO** a União revel e fictamente confessa quanto à matéria de fato (SUM-74, I, OJSBDI1-152/TST e CPC 343, §2°). **Desentranhe-se a contestação e devolva-se à União.**

AUTOS DE INFRAÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PLANO DA VALIDADE.

Como visto, BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A. ajuizou ação

anulatória, em face de UNIÃO, postulando a desconstituição de 33 autos de infração e da decisão administrativa “que concluiu pela responsabilidade da autora pela submissão dos trabalhadores das empresas que lhe prestavam serviços a condições análogas à de escravo” (fls. 90). Requereu, ainda, a não inscrição da empresa “nos cadastros de inadimplentes (CADIN) em razão dos supostos débitos com a Fazenda Pública, decorrentes dos autos de infração listados nos itens 1.a e 1.b acima” (fls. 91).

A revelia e a confissão ficta acerca da matéria de fato é o quanto bastaria para julgar procedentes todos os pedidos formulados na petição inicial (como precedentes, sentença e acórdão proferidos no Processo n° 00999-2008-017-10-00-0-RO, este da redação do Exmo. Desembargador ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA, DJ de 22/10/2010).

Ainda assim, este Juízo, por cautela, atento ao interesse público envolvido, preocupou-se em aprofundar-se, de ofício, no exame de elementos que possam refletir processualmente os fatos ensejadores das autuações, em que pese a pleora de processos que sobrecarregam diariamente o Poder Judiciário, a consideração estatística indistinta de uma ação dessa complexidade e de um simples feito que tramite pelo rito sumaríssimo e a despeito, ainda, da reprovável desídia da União em desincumbir-se de seu ônus processual de comparecer à audiência em que deveria depor (não compareceu por seu Procurador, não enviou preposto nem testemunha) e de colaborar para o deslinde das questões suscitadas com a autuação fiscal, cuja sustentação fática injustificadamente abandonou nesta causa judicial.

Pois bem.

É certo que ao Poder Executivo incumbe assegurar a fiel execução das leis no País (CR 84, IV). No âmbito do Direito do Trabalho, realiza essa função, entre outras formas, mediante a organização, manutenção e execução da inspeção do trabalho (CR 21, XXIV).

Assim, o Auditor-Fiscal do Trabalho tem atribuição constitucional de examinar a situação concreta durante a inspeção, sob a luz da classificação que lhes é dada pelas leis trabalhistas, a fim de concluir se ali há, ou não, cumprimento das normas. Na hipótese de constar o descumprimento no caso concreto, a ele incumbe diretamente aplicar as sanções previstas no ordenamento, respeitados o princípio da orientação e o critério da dupla visita obrigatória.

A discricionariedade na atuação fiscal está totalmente respaldada pela Constituição e pelas leis, **mas também por elas limitada**.

Surge, então, a questão: é, ou não, atribuição da Inspeção do Trabalho declarar administrativamente ilícita determinada terceirização e alterar de ofício os sujeitos do vínculo de emprego.

Há respeitável corrente que entende que não.

Nessa perspectiva, destaca-se a legalidade como um dos princípios fundantes do nosso Estado de Direito (CR 5°, II), segundo o qual se permite ao particular tudo aquilo que não lhe é expressamente proibido. O ordenamento jurídico pátrio respeita, mesmo nas relações trabalhistas privadas, a autonomia da vontade — a ceder, sim, ante os limites preestabelecidos pela lei, em sentido amplo ou formal.

De fato, a terceirização, por mais polêmica que seja aos olhos da doutrina e da jurisprudência, é modalidade contratual permitida no Direito Trabalhista brasileiro.

Sabe-se que tramitam, perante as Casas do Congresso Nacional, diversas proposições, algumas objetivando regulamentar a terceirização, com vistas ao aumento das garantias de recebimento dos créditos trabalhistas, e outras visando a proibir a terceirização de atividades finalísticas de órgãos e entidades públicas (como é o caso do 6.762/2010, na Câmara dos Deputados, originário do PLS 223/2009 do Senado Federal) e nas relações privadas (PL 1299/2011-CD).

Todavia, enquanto não for vedada a terceirização, forçoso é admitir que o particular pode, ao menos em tese, dela se valer.

Assim, diante da complexidade da matéria e das implicações que pode trazer, tal corrente conclui que,

nos casos de má aplicação do instituto, é ao Judiciário que a fiscalização do trabalho deve, em última análise, remeter a questão, sob pena de o Poder Executivo invadir a esfera reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, ofendendo, ainda, a segurança jurídica e o regime democrático. Nesse sentido, vale destacar o seguinte excerto de um precedente já evocado nesta decisão:

“Há, no campo trabalhista, inegável interação entre a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego, mas não pode, sob o pressuposto da interação, haver invasão de competências. Se a Justiça do Trabalho, julgando determinada causa, percebe haver irregularidade, deve comunicar à Delegacia Regional do Trabalho para que se proceda à devida autuação e multa, já que não pode invadir a seara administrativa própria da Fiscalização do Trabalho. Se a Fiscalização do Trabalho, doutro lado, ao efetivar determinada inspeção, percebe haver indicativo de perturbação da ordem jurídica trabalhista em campo controverso, deve comunicar ao Ministério Público do Trabalho para que, se assim entender, em nome dos trabalhadores supostamente prejudicados e eventualmente oprimidos e inibidos de promover por moto próprio a demanda, ajuíze a competente ação perante a Justiça do Trabalho para que declare a situação de ilegalidade, se o caso, com retorno depois à própria Delegacia do Trabalho para a continuação da fiscalização, já superada a controvérsia, de modo a efetivar autuações e multas, mas não antes, já que não pode invadir a seara autoral própria do Ministério Público do Trabalho nem a seara jurisdicional restrita à Justiça do Trabalho. Nesse ciclo contínuo, as relações de trabalho são protegidas pelo Estado, dentro do sistema jurídico previsto pela Constituição Federal, da atuação separada e harmônica dos diversos Poderes para preservação da legalidade e do respeito ao trabalho. Fora desses limites que o próprio Estado deve observar, não há mais democracia, mas inequívoco e lamentável autoritarismo, em que a palavra estatal não padece de desconstituição, como se tudo que não fosse estabelecido e dito pelo Estado não se pudesse ter como verdade. À Justiça do Trabalho, por conta do artigo 114, inciso VII, da Constituição Federal, cabe o controle jurisdicional dos atos administrativos inerentes à fiscalização do trabalho.” (RO-00999-2008-017-10-00-0, Redator Desembargador ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA, DJ de 22/10/2010)

Na mesma senda, os seguintes precedentes da Justiça do Trabalho:

“FISCAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. USURPAÇÃO DE ATIVIDADE JURISDICIONAL. Se os auditores fiscais do trabalho têm por atribuição assegurar, em todo o território nacional, o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e de emprego - e esta atribuição obedece ao princípio da legalidade - daí, entretanto, não se infere que possuam competência para lavrar autos de infração assentados em declaração de existência de contrato de emprego, derivada unicamente de sua apreciação da situação fática subjacente. A transmutação da natureza jurídica dos diversos tipos de contrato que envolvem a prestação de trabalho - como os prestação ou locação de serviços, de empreitada, de estágio e outros - em contratos individuais de trabalho, depende de declaração expressa, que se constitui em atividade jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário. Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança.” (ROMS-01803001420065020018, Rel. Des. MARIA APARECIDA DUENHAS, DOE: 7/8/2007)

“MULTA ADMINISTRATIVA - INFRAÇÃO DO ART.47/CLT - A aplicação da multa por infração do art. 47 da CLT, no momento da fiscalização procedida pela DRT, impõe-se na ocorrência de situação incontroversa acerca da condição de empregado do trabalhador junto a autuada. Logo, somente na hipótese da não existência de qualquer dúvida a respeito da relação empregatícia, caberá a aplicação pelo Fiscal do Trabalho da multa constante no art. 47 da CLT, por inobservância do art. 41 do mesmo diploma consolidado. Recurso ordinário ao qual fora dado provimento para, declarando nulos os autos de infração procedidos contra a recorrente, liberá-la do pagamento da multa prevista no art. 41 da CLT e que lhe fora imposta pela DRT.” (RO-00590-2005-074-03-00-3, Rel. Des. MARIA PERPETUA CAPANEMA F. DE MELO, DJ: 06/12/2005)

“MANDADO DE SEGURANÇA - MULTA IMPOSTA PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO - AUTUAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE TEM COMO PREMISSA A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPRE-

GO - Nos termos do art. 114 da Constituição da República, somente a Justiça do Trabalho detém competência para concluir pela existência (ou não) de relação empregatícia, a partir dos pressupostos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, e, conseqüentemente, se a hipótese seria de contratação lícita ou ilícita.” (RO-01037-2005-013-03-00-8, Rel. Des. PAULO ROBERTO DE CASTRO, DJ: 06/10/2005)

Há julgados em semelhante sentido originários da Justiça comum, anteriores à EC-45/04:

“ADMINISTRATIVO – AUTO DE INFRAÇÃO – DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO – FISCAL DO TRABALHO – COMPETÊNCIA – PODER DE POLÍCIA – RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO E AFERIÇÃO DE SUA NATUREZA JURÍDICA – IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE – I – A Delegacia Regional do Trabalho e seus agentes legais carecem, no exercício regular do seu poder de polícia, de competência para aferir legalidade ou qualidade das relações jurídicas estabelecidas entre contratantes de trabalho ou de prestação de serviço, em especial para fins de apuração de regularidade (ou irregularidade) do recolhimento dos tributos e contribuições devidas, com imposição de penalidades. II – A Delegacia Regional do Trabalho não detém competência para aferir e pacificar res dubia no que tange aos vínculos jurídicos trabalhistas, competindo-lhe apenas a aferição de irregularidades no cumprimento de efetivos contratos de trabalho. III – Tanto a Constituição da República quanto a Consolidação das Leis do Trabalho reservam à Justiça do Trabalho a competência para reconhecimento de existência (ou inexistência) de vínculo empregatício, bem como para definição de sua própria qualidade jurídica, com os consectários de direito. IV – Ilegal é o auto de infração lavrado por Fiscal que, reconhecendo, sponte propria, como de emprego o vínculo jurídico estabelecido entre, de um lado, empresa e, de outro lado, representante comercial autônomo e contador autônomo, notifica empresa testificando a essencialidade e imprescindibilidade dos serviços por estes prestados ao exercício das atividades daquela. V – Apelação e remessa necessária improvidas.”

(AMS-18139, Processo 9702095174, Rel. Juiz SÉRGIO SCHWAITZER; Sexta Turma do TRF -2ª R., DJU: 05/2/2002)

“Na verdade, tem-se verificado ultimamente uma tendência em substituir a Justiça do Trabalho pela Justiça Federal, para reconhecimento de vínculo empregatício de trabalhador de empresa particular, mediante fórmula que, em princípio, se me afigura inadequada. Assim, ao invés de o trabalhador procurar discutir a sua vinculação laboral perante a Justiça especializada, quando, então, a prova se faz segura e ampla, vem o INPS, à base de algum elemento que lhe parece válido, procurando fixar a existência de vínculo empregatício para, então, cobrar as contribuições decorrentes de tal situação. Embora, a rigor, melhormente coubesse à fiscalização trabalhista fazer a autuação por infração às normas da legislação laboral e comunicar ao Instituto para as providências decorrentes, considero válido que o INPS possa fazer fiscalização a respeito, mas, então, somente quando a vinculação empregatícia se configurasse perfeitamente delineada, incontestada, sob pena, como disse, de vir a decidir-se a existência (ou não) de relação de emprego, fora do âmbito jurisdicional competente.” (AC-38.238-MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 3ª Turma do antigo TFR, ac. unânime de 14-12-1977)

Mesmo o TST assim já decidiu:

“AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. ART. 41 DA CLT. REGISTRO DE EMPREGADOS. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. COMPETÊNCIA. A competência atribuída à União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, fixada no art. 21, inc. XXIV, da Constituição da República, não encampa a hipótese de o Auditor Fiscal do Trabalho reconhecer o vínculo de emprego. Esta, é competência atribuída pelo legislador constituinte exclusivamente à Justiça do Trabalho no art. 114 da Constituição da República. Note-se que mesmo nos casos em que o vínculo de emprego é reconhecido em juízo, determina-se a expedição de ofícios à DRT, para as providências necessárias com relação à fiscalização do trabalho. Dessa forma, não há cogitar de competência do Auditor Fiscal do Trabalho para reconhecer vínculo de emprego, sendo insubsistente o auto de infração. Recurso de Revista de que se

conhece e a que se nega provimento.”

(TST-RR-173700-35.2007.5.07.0007, Relator Ministro: JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA, 5ª Turma, DJ: 16/12/2011)

No entanto, contemporaneamente, a jurisprudência majoritária do TST tem se inclinado a admitir ampla liberdade de ação na Fiscalização do Trabalho, como revelam as ementas:

“RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO APÓS A CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA. POSSIBILIDADE. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO OCORRÊNCIA. Discute-se, na hipótese dos autos, se configura invasão de competência do Poder Judiciário Trabalhista, a atuação do fiscal do trabalho, ao analisar a presença dos elementos caracterizadores da relação empregatícia para fins de autuação de empresa pela violação da legislação trabalhista. O auditor fiscal do trabalho, no desempenho de suas atribuições, não está limitado à mera análise da regularidade formal da documentação dos empregadores, incumbindo-lhe, dentre outras funções, a de verificar o fiel cumprimento da legislação trabalhista, em especial, da obrigação legal de formalização do vínculo empregatício quando constatada a presença dos elementos que o compõem. Como decorre da própria repartição constitucional de funções entre os três Poderes estatais, enquanto ao Poder Legislativo compete, precipuamente, editar as leis, tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário cabe aplicar as leis já em vigor, para tanto interpretando-as em cada caso concreto. A diferença fundamental entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional não está, portanto, em que somente o Poder Judiciário teria a competência para interpretar e aplicar as leis, estando o Poder Executivo (e, mais especificamente, os seus agentes incumbidos das suas atividades de inspeção ou fiscalização, seja ela tributária, sanitária, previdenciária ou trabalhista) impedido de fazê-lo. Muito ao contrário, a fiscalização do Estado, como todos os demais agentes da administração pública, tem o poder-dever de, de ofício e diante de cada caso concreto, interpretar as leis imperativas em vigor, à luz das circunstâncias fáticas com que se defrontar, aplicando ou não as sanções correspondentes também na lei prescritas. Ao Poder Judiciário, que não age de ofício, caberá, se regularmente acionado pela parte interessada, examinar as circunstâncias fáticas e os aspectos jurídicos da controvérsia instaurada, interpretando as mesmas leis antes aplicadas pelo Poder Executivo, para dirimi-la de forma definitiva e com a autoridade de coisa julgada, controlando eventuais abusos e má aplicação das leis. Cumpre salientar também, que a lavratura do auto de infração não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, pois não impõe ao suposto infrator o imediato pagamento da multa, uma vez que é permitido à parte autuada a apresentação de impugnação ao auto de infração na esfera administrativa ou a revisão do ato diretamente pela via judicial. Logo, evidenciada a existência de fraude na contratação de trabalhadores cooperados pela tomadora dos serviços, bem como a ausência de registro na CTPS e de recolhimento dos depósitos do FGTS, cabe ao auditor fiscal do trabalho proceder à autuação da empresa, sob pena de responsabilidade administrativa, sem que isso implique invasão de competência da Justiça do Trabalho. Ademais, não há falar em violação do artigo 114 da Constituição Federal, pois o desempenho das atribuições constitucionais e legais cometidas ao auditor fiscal do trabalho decorre do poder de polícia administrativa que lhe é legalmente atribuído, e não de competência jurisdicional, sendo as penalidades aplicadas pelo auditor passíveis de impugnação na esfera administrativa ou de revisão diretamente pela via judicial. Logo, não configura invasão da competência jurisdicional desta Justiça Especializada a prática de atos administrativos de aplicação da lei pelo agente ou servidor do Poder Executivo que, nos termos da Constituição e das leis, detém atribuições administrativas de fiscalização. Precedentes deste Tribunal. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST-RR-275800-88.2005.5.02.0068, Relator Ministro: JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, 2ª Turma, DJ: 09/03/2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. NULIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. A fiscalização do fiel cumprimento das normas trabalhistas incumbe às autoridades do Ministério do Trabalho ou àquelas que exerçam funções delegadas (art. 626 da CLT). Nos termos do artigo 628 da CLT, compete ao Auditor Fiscal do Trabalho, ao concluir pela existência de

violação de preceito legal, sob pena de responsabilidade, a lavratura de auto de infração. Assim, constatado o descumprimento das disposições legais, o Auditor Fiscal do Trabalho deve proceder à autuação da empresa por falta de registro do empregado (art. 41 da CLT). Nesse contexto, não merece reforma a decisão regional, pois não se detecta nenhuma violação dos dispositivos legais e constitucionais invocados. Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

(TST-AIRR-1161140-42.2007.5.11.0004, Relatora Ministra: DORA MARIA DA COSTA, 8ª Turma, DJ: 11/03/2011).

“RECURSO DE REVISTA. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. O auditor-fiscal do trabalho, ao lavrar o auto de infração, nada mais fez do que agir em conformidade e dentro dos limites legais que lhe atribuem competência para aplicar multa administrativa quando verificada a infração à legislação trabalhista. Nesse contexto, não persistem os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional, no sentido da incompetência do órgão ministerial para a imposição da multa, visto não terem sido atendidos os requisitos do art. 39 da CLT para o encaminhamento do processo à Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido para restabelece a decisão originária.”

(TST-RR-89900-13.2005.5.16.0013, Relator Ministro: HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES, 3ª Turma, DEJT 26/11/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. LEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE O FISCAL DO TRABALHO DECLARAR A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. Agravo de instrumento provido, a fim de se determinar o processamento do recurso de revista para melhor análise de possível violação do art. 21, XXIV, da Constituição Federal e dos arts. 9º, 626 e 628 da CLT. RECURSO DE REVISTA. POSSIBILIDADE DE O FISCAL DO TRABALHO DECLARAR A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. Não invade a esfera da competência da Justiça do Trabalho a declaração de existência de vínculo de emprego feita pelo fiscal do trabalho, por ser sua atribuição verificar o cumprimento das normas trabalhistas, tendo essa declaração eficácia somente quanto ao empregador, não transcendendo os seus efeitos subjetivos para aproveitar, sob o ponto de vista processual, ao trabalhador. Assim, verificado pelo fiscal de trabalho que há relação de emprego entre a empresa tomadora de serviço e o trabalhador, não há óbice na cobrança do FGTS pela União, em razão de tal atribuição estar prevista no art. 23 da Lei 8.036/90. Portanto, o que é devido pela empresa a título de FGTS não é de interesse exclusivo do empregado, mas também da União. Afastada a invasão da competência da Justiça do Trabalho, devem os autos retornar à origem para análise dos demais fundamentos e pedidos da petição inicial. Recurso de revista conhecido e provido.”

(TST-RR-131140-48.2005.5.03.0011, Relator Ministro: AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, 6ª Turma, DEJT: 11/06/2010)

“RECURSO DE REVISTA - MULTA ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE REGISTRO DE EMPREGADOS - ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO - INEXISTÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I - Trata-se de recurso de revista interposto nos autos de mandado de segurança, no qual a recorrida formulou pretensão de abstenção de exigência do cumprimento de ordem constante de auto de infração e da respectiva multa administrativa que lhe fora aplicada pela fiscalização do trabalho, em razão da irregularidade no registro de empregados. II - Ao verificar, durante a inspeção do trabalho, o descumprimento da determinação legal de manutenção de registro de empregados, a autoridade competente do Ministério do Trabalho deve proceder à lavratura do auto infracional, sob pena de responder administrativamente. III - Isso na esteira do poder de polícia que lhe é atribuído para fiscalizar as pretensas dissimulações das relações de emprego, a partir da análise, ainda que perfunctória, da situação ensejadora da aplicação da multa, facultada à parte interessada a possibilidade de reexame da decisão mediante recurso administrativo e, ao final, por meio de intervenção do Judiciário, ou, se preferir, diretamente pela via judicial. IV - Daí não se revelar juridicamente consistente a tese de que a ação administrativa acarretaria invasão da competência da Justiça do Trabalho, na medida em que ela levaria à absurda conclusão de, aprioristicamente,

vedar-se o exercício da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e seus agentes, salientando, mais uma vez, que eventuais irregularidades que possam redundar em anulação do auto de infração, caso não sejam reconhecidas no âmbito administrativo, podem sê-lo por meio da intervenção do Judiciário. V - Por conta dessa singularidade jurídica da interpretação finalística do conjunto normativo acima mencionado, não se vislumbra na atuação do fiscal do trabalho qualquer indício de violação aos artigos 2º e 114, IX, da Constituição. VI - Recurso provido.”

(TST-RR-109600-16.2006.5.02.0017, Relator Ministro: ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN, 4ª Turma, DEJT: 18/12/2009)

Os julgados dessa segunda corrente vêm a consagrar o veto (Mensagem 140/07) à polêmica Emenda nº 3, do Senado Federal, ao PL- 6.272/05-CD que veio a criar a Receita Federal do Brasil (Lei 11.457/07), como bem destacou esta 5ª Região por intermédio de brilhante acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir:

“LEI Nº 6.272/05, DA ‘SUPER RECEITA’. EMENDA Nº 03. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Os Auditores Fiscais do Trabalho podem impor penalidades às empresas quando ficar comprovado que a suposta contratação por intermédio de cooperativa, pessoa jurídica etc., visou mascarar a existência de relação de emprego, uma vez que lhes cabe velar pelo fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, nos moldes do que dispõe o art. 626 da CLT, mormente porque o Presidente da República, em boa hora, vetou preceptivo contido na Lei da ‘Super Receita’ que dispunha que ‘no exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta lei, a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial’.”

(RO-0073300-53.2006.5.05.0023 RO, ac. nº 032157/2007, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª Turma, DJ 20/11/2007)

Não obstante os judiciosos fundamentos lançados na primeira corrente, por disciplina judiciária e destacando a ineficácia fruto da demora que necessariamente ocorreria entre a constatação de situação de risco, a comunicação ao MPT, o acionamento do Judiciário e o trânsito em julgado da última decisão da causa, para, só então, autorizar a atuação fiscal, acompanho o entendimento esposado pela segunda corrente.

Admito, pois, a princípio, que a Inspeção trabalhista possa administrativamente desconsiderar a terceirização, **em situações de flagrante ilegalidade**. Isso, todavia, não implica esquecer que o **excesso de exação** é igualmente figura reprovável no Direito, inclusive penal (CP 361) e administrativamente (há casos em que o servidor, por exemplo, pode receber uma advertência escrita).

Impõe-se observar ainda que a atuação fiscal é condicionada pelos aspectos que a lei descreve, garantindo a conveniência e a oportunidade de se tomar certa medida em vez de outra. Vale dizer: na condição de órgão de polícia administrativa, a Inspeção do Trabalho dispõe de meios coercitivos para garantir o cumprimento da legislação, mas **seu papel primordial é** menos o de impor sanções e **mais o de orientar preventivamente ou corretivamente** e, assim, garantir o cumprimento de leis sociais (ainda que por meio da simples ameaça da sanção).

Nesse sentido, as Convenções 81 (art. 17, item 2) e 129 (ainda não ratificada pelo Brasil) da OIT, a Lei 10.593/02, bem assim a doutrina (aqui ilustrada por PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, Fernando. *Las infracciones laborales y la inspección de trabajo*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977, p. 107-8), em suma, refletidos no Decreto 4.552/02, arts. 18, caput, II e XVII, 23, caput, 24, in fine, 27 e 28:

“Art. 18. Compete aos Auditores-Fiscais do Trabalho, em todo o território nacional:(...)

II - ministrar orientações e dar informações e conselhos técnicos aos trabalhadores e às pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, atendidos os critérios administrativos de oportunidade e conveniência; (...)

XVII - lavrar termo de compromisso decorrente de procedimento especial de inspeção; (...)

Art. 23. Os Auditores-Fiscais do Trabalho têm o dever de orientar e advertir as pessoas sujeitas à inspeção do trabalho e os trabalhadores quanto ao cumprimento da legislação trabalhista, e observarão o critério da dupla visita nos seguintes casos:

I - quando ocorrer promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, sendo que, com relação exclusivamente a esses atos, será feita apenas a instrução dos responsáveis;

II - quando se tratar de primeira inspeção nos estabelecimentos ou locais de trabalho recentemente inaugurados ou empreendidos;

III - quando se tratar de estabelecimento ou local de trabalho com até dez trabalhadores, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou de anotação da CTPS, bem como na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização; e

IV - quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte, na forma da lei específica.

§1º A autuação pelas infrações não dependerá da dupla visita após o decurso do prazo de noventa dias da vigência das disposições a que se refere o inciso I ou do efetivo funcionamento do novo estabelecimento ou local de trabalho a que se refere o inciso II.

§2º Após obedecido o disposto no inciso III, não será mais observado o critério de dupla visita em relação ao dispositivo infringido.

§3º A dupla visita será formalizada em notificação, que fixará prazo para a visita seguinte, na forma das instruções expedidas pela autoridade nacional competente em matéria de inspeção do trabalho.

Art. 24. A toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade, a lavratura de auto de infração, ressalvado o disposto no art. 23 e na hipótese de instauração de procedimento especial de fiscalização.

Parágrafo único. O auto de infração não terá seu valor probante condicionado à assinatura do infrator ou de testemunhas e será lavrado no local da inspeção, salvo havendo motivo justificado que será declarado no próprio auto, quando então deverá ser lavrado no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de responsabilidade.

(...)

Art. 27. Considera-se procedimento especial para a ação fiscal aquele que objetiva a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação.

Art. 28. O procedimento especial para a ação fiscal poderá ser instaurado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho quando concluir pela ocorrência de motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata.

§1º O procedimento especial para a ação fiscal iniciará com a notificação, pela chefia da fiscalização, para comparecimento das pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, à sede da unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego.

§2º A notificação deverá explicitar os motivos ensejadores da instauração do procedimento especial.

§3º O procedimento especial para a ação fiscal destinado à prevenção ou saneamento de infrações à legislação poderá resultar na lavratura de termo de compromisso que estipule as obrigações assumidas pelo compromissado e os prazos para seu cumprimento.

§4º Durante o prazo fixado no termo, o compromissado poderá ser fiscalizado para verificação de seu cumprimento, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido termo.

§5º Quando o procedimento especial para a ação fiscal for frustrado pelo não-atendimento da convocação, pela recusa de firmar termo de compromisso ou pelo descumprimento de qualquer cláusula compromissada, serão lavrados, de imediato, os respectivos autos de infração, e poderá ser encaminhando relatório circunstanciado ao Ministério Público do Trabalho.

§6º Não se aplica o procedimento especial de saneamento às situações de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador."

Na espécie sob exame, a empresa *LUIS MILLER DA SILVA*, contratante direta dos empregados cuja fiscalização visou a proteger, não foi autuada, nem mesmo formalmente orientada.

Embora as falhas causadas diretamente por essa empresa hajam sido consideradas decisivas para a conclusão da Inspeção, de que teria havido trabalho em situação análoga à de escravidão, toda a ação fiscal surpreendentemente **não criou óbice algum** a que *LUIS MILLER* possa continuar promovendo as atividades de cata de raízes nas mesmas formas e condições constatadas à época: não foi autuada, nem foi determinada sua inclusão no Cadastro de Empregadores que Tenham Submetido Trabalhadores a Condições Análogas à de Escravo ("lista suja").

Por outro lado, a **ação civil pública** correspondente à aludida fiscalização já foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho perante este mesmo Juízo (processo n° 000410-02.2011.5.05.0651).

Nesse processo, as partes transacionaram. Dos termos do acordo constata-se que **nem mesmo judicialmente** foi declarada relação jurídica pretérita ou futura entre os catadores de raízes contratados por *LUIS MILLER DA SILVA* e a requerente neste processo, *BRASILAGRO*. Ao contrário, foram mantidas intactas as relações de emprego, para proibir, somente a partir do acordo firmado, a terceirização na atividade de cata de raízes:

"Cláusula 3ª: A Reclamada *BRASILAGRO CIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS* compromete-se a não terceirizar a atividade manual de catação de raízes, enleiramento de material, queima de leira e desmatamento manual. Em caso de descumprimento, a multa corresponderá a R\$5.000,00 por empregado encontrado nesta condição." (ACP-0000410-02.2011.5.05.0651, audiência de 29/3/2012 – sem negrito no original)

Tudo, repita-se, sem alteração judicial ou consensual de quem sejam os sujeitos dos vínculos de emprego mantidos nos contratos individuais de trabalho.

Daí por que, no caso concreto, a autuação fiscal não pode ser confirmada neste processo, já que desconsidera administrativamente a terceirização até então lícita para declarar novo contrato de emprego entre partes diversas e com efeitos *ex tunc*, em divórcio ao entendimento manifestado em demanda judicial pelo Ministério Público e pelo Juízo, além das próprias partes interessadas. Logo, são manifestamente **insubsistentes os Autos de Infração** que responsabilizam a requerente *BRASILAGRO* por práticas de *LUIS MILLER* em área externa aos limites da propriedade da requerente: **14274558, 14274582, 14274590, 14274612, 14274620, 14274639, 14274647, 14274671, 14274698, 14274701, 14274710, 19232403, 19232403, 19232420, 19232438, 19232454, 19232446, 19232462, 19232471, 19232489, 19232411, 14274736, 14274604.**

Igualmente por se tratar de autuação afeta diretamente às atividades da terceirizada *CORSATO AGRÍCOLA*, operadora das máquinas no local da fiscalização, são manifestamente **insubsistentes** os seguintes Autos de Infração: **14274680 e 14274728.**

Desconsiderado o vínculo de emprego declarado administrativamente de ofício pela fiscalização, são, por consequência, **insubsistentes** os Autos de Infração a seguir: **19232381 e 19232390.**

Anulo igualmente os AI **19232373, 14274566 e 14274752**, na forma dos documentos juntados a fls. 703, 4° vol., e 1027/1138, 6° vol.

Insubsistente o AI **14274574**, diante das constatações em inspeção judicial e dos esclarecimentos prestados pela testemunha *JOSÉ CARLOS DOS SANTOS*:

"que em 2011 havia água fresca para os empregados beberem, porque cada um tinha uma garrafa térmica de 5 litros e podiam encher na pensão, fornecida por *Luís Muller*; que, como o trabalho de cata de raízes é manual, utilizando-se as duas mãos, havia o hábito de carregarem água em garrafa de refrigerante de plástico junto, para ficar 'mais maneiro'" (fls. 3405 – 18° vol.)

Consoante os documentos a fls. 685/692, 706/707, 716/721, 744/753, compatíveis com o quanto ob-

servado em inspeção judicial, quando não, levando em conta também o princípio da orientação na fiscalização, julgo **insubsistentes** os Autos de Infração n.ºs **14274655 e 14274663**.

Por outro lado, em que pese a revelia e a confissão ficta, ainda assim julgo **subsistente** o Auto de Infração **14274744**, uma vez que a requerente confessa expressamente “existir embalagens [de óleo mineral], ou melhor, recipientes vazios próximo a bomba de gasolina” (fls. 46).

Transitada em julgado a última decisão proferida na causa, a Secretaria, à vista do depósito a fls. 2.458 (13.º vol.), deverá expedir o correspondente Alvará para quitação da multa em favor da União, considerando suspensivo do prazo de vencimento o ajuizamento desta ação anulatória, até o recolhimento. Libere-se então o restante, igualmente por Alvará, à requerente.

Diante do depósito da quantia integral correspondente a todos os Autos de Infração, **CONDENO** a União a **não inscrever** a requerida, por eles, no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN.

LISTA SUJA. CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM SUBMETIDO TRABALHADORES A CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO.

A OIT considera trabalho forçado ou obrigatório todo serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de uma sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente (Convenção 29/OIT, art. 2.º, 1).

No plano interno, o art. 149 do Código Penal descreve o tipo como o de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. E, ainda, abarca:

“I – quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.”

Na espécie, não constatei nenhuma de tais acusações, como se depreende de toda a fundamentação já expendida. As afirmações da Inspeção quanto às más condições de alojamento, com reflexos em higiene e alimentação, devem-se aos serviços precários oferecidos no Povoado de Treviso, externo à Brasilagro, onde se hospedaram os empregados da Luís Miller, por ela orientados.

Além disso, friso não ter havido nenhuma alegação de cerceamento de liberdade, de servidão por dívida, de vigilância ostensiva, de ameaças, de remuneração inadequada, de salários atrasados, de maus tratos ou de violência.

Assim, e diante da gravidade que representa a exposição internacional do nome de pessoa jurídica no rol dos empregadores infratores, é oportuno enfatizar algumas considerações já iniciadas.

Considere ser princípio basilar da Fiscalização do Trabalho, diante de muitas situações de eventual irregularidade encontrada, a **orientação preventiva e corretiva**, a fim de que o Estado possa garantir o cumprimento de leis sociais, espécie do gênero Direitos Humanos.

É fácil notar a importância desse princípio ao observar as enormes falhas do próprio Estado brasileiro no que toca ao cumprimento das normas internacionais de Direitos Humanos. E, daí, analisar qual a força repressiva deve ser empregada em face de um infrator.

Como estão nossos serviços públicos de saúde e de educação, sobretudo nos rincões de nosso território, excetuados alguns poucos centros de excelência? O que dizer da segurança pública no País inteiro e, de outro lado, do nosso torturante, sujo e precário sistema carcerário, já comparado a verdadeiras masmorras pelo próprio CNJ (<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10656-justica-interdita-unidade-de-internacao-de-menores-em-santa-catarina> e <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9650-cnj-quer-explicacoes-sobresituacao-de-delegacia-no>

-maranhao, acesso em 8/8/2012).

Tratando-se de um país comprometido com a busca do desenvolvimento, a medida mais gravosa e, ao mesmo tempo, correta, é o exame cuidadoso do problema e, ao final, o reconhecimento público de nossas deficiências, inclusive no âmbito internacional, como ilustrativamente está a suceder com o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Port/22.11port.htm>). Só assim há esperanças de melhorias em espaço mais curto de tempo.

A solução, portanto, **não implica** penalidade que cause a destruição desse Estado, ainda que inegavelmente erre.

Da mesma forma, o Estado, internamente, ao fiscalizar, não deve desconsiderar essa necessária e crucial etapa de orientação e da preservação da atividade de quem se inspeciona. O Estado pode e deve se empenhar **claramente** em **co-operar** (laborar em conjunto) na busca de soluções para os males que detecta, evitando o quanto possa, pois, de lançar mão, no primeiro momento, da punição que potencialmente cause a desestruturação de empreendimentos de grande envergadura (e com ele empregos, fonte de tributos e de desenvolvimento), que, para se formar, levaram décadas e muita confiança investidas no País.

É extremamente louvável e necessário o empenho do Brasil no firme combate ao trabalho em condições análogas à de escravo (Convenção da ONU sobre a escravatura; Convenções 29 e 105/OIT; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, art. 6º; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, art. 7º; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Declaração de Estocolmo, art. 1º; Protocolo do Tráfico de Pessoas; Código Penal, art. 149), inclusive por intermédio de publicação do nome de empresas verdadeiramente infratoras em lista suja.

Em contrapartida e com semelhante intensidade, deve o Estado ser cauteloso, a fim de evitar exageros e prejuízos socioeconômicos irreparáveis, a exemplo da cultura do cacau no sul da Bahia - cuja falha participação do Estado brasileiro não logrou assegurar a retomada da produção, a depender de décadas para se reestruturar.

Inegavelmente, ao lado dos demais objetivos da República, há o de garantir o desenvolvimento nacional, a permitir, assim, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais (CR 3º, II e III, 170, "caput" e VII).

É fundamental a prevalência de nossa inteligência e do nosso equilíbrio para que se possa debelar a chaga milenar, brutal e incrustada na história da humanidade, que, ainda nos nossos dias, acomete até mesmo os países mais desenvolvidos, como ocorre na insuspeita Inglaterra (<http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-beds-bucks-herts-14878624>, <http://www.jrf.org.uk/publications/modern-slavery-united-kingdom> e <http://cnnba.blogspot.com.br/2011/11/i-am-slave-eu-sou-uma-escrava-para-voce.html>, acesso em 8/8/2012).

Como consequência lógica da anulação de quase todos os Autos de Infração, levando em conta a confissão ficta e a prova dos autos, **DECLARO** nula a conclusão à qual se aportou a União no relatório a fls. 211- 2º vol., de que a requerente, nos limites fáticos que levaram ao ajuizamento da demanda, houvesse mantido empregados em condições análogas à de escravo.

CONDENO, pois, a União a **não inscrever** a requerida, pelos Autos de Infração ora anulados e pela decisão administrativa que deles adveio, no Cadastro de Empregadores que Tenham Submetido Trabalhadores a Condições Análogas à de Escravo ("lista suja").

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO

Em 10/7/2012, examinado requerimento de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, teci os seguintes fundamentos:

"Registro desde logo convicção no sentido da competência deste Juízo, em virtude de interpretação sistemática e histórica do art. 109, §2º, c/c o art. 114, VII, ambos da Constituição da

República, à luz da mudança promovida pela EC-45/2004. Nesse sentido: OJSBDI2-129/TST. A notificação à requerente do não provimento dos recursos administrativos que interpôs representam, a meu juízo, **agravamento considerável do risco de dano irreparável ou de difícil reparação**, uma vez que o art. 2º da Portaria Interministerial 2/2011 possibilita a “inclusão do nome do infrator no Cadastro (...) após a decisão administrativa final relativa ao auto de infração”.

Trata-se de **fato novo**, em relação à decisão judicial anterior neste processo que oportunizou a manifestação da parte contrária. Daí por que ainda não houve pronunciamento acerca da plausibilidade do direito invocado. Nesta circunstância, excepcionalmente, e, ainda, diante da explícita determinação judicial de possibilitar a reanálise futura do pleito, **prossigo no exame** dos requisitos legais.

Constato, ainda no tocante ao **risco de dano irreparável ou de difícil reparação**, a real possibilidade de imediata perda do crédito junto ao sistema financeiro nacional, nos termos das seguintes disposições:

“RESOLUÇÃO N° 3.876/2010 - Banco Central do Brasil

Art. 1º Fica vedada às instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) a contratação ou renovação, ao amparo de recursos de qualquer fonte, de operação de crédito rural, inclusive a prestação de garantias, bem como a operação de arrendamento mercantil no segmento rural, a pessoas físicas e jurídicas inscritas no Cadastro de Empregadores que mantiveram trabalhadores em condições análogas à de escravo instituído pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em razão de decisão administrativa final relativa ao auto de infração.”

“PORTARIA N° 1.150/2003 - Ministério da Integração Nacional

Art. 1º Determinar ao Departamento de Gestão dos Fundos de Desenvolvimento Regional da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional do Ministério que encaminhe, semestralmente, aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, idem com relação aos Fundos Regionais, relação de empregadores e de propriedades rurais, que submetam trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou que os mantenham em condições análogas ao de trabalho escravo, cujas autuações com decisão administrativa são de procedência definitiva, publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para as providências cabíveis.

Art. 2º Recomendar aos agentes financeiros que se abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos sob a supervisão deste Ministério para as pessoas físicas e jurídicas que venham a integrar a relação a que se refere o art. 1º.”

Ilustrativamente, note-se que, em atendimento a tais normas, o BNDES, por intermédio do Banco Itaú BBA, pactuou com a requerente **o vencimento antecipado** de cédula de crédito bancário, na hipótese de constatação de falsidade da declaração de inexistência de trabalho escravo (cláusula 19, item IV e parágrafo único – fls. 1.257).

Nessa senda, a requerente alega efetivamente fruir do crédito de **R\$85.407.309,00**, necessário à execução de suas atividades empresariais, colacionando documentos comprobatórios (fls. 1.250/1.663).

Por isso, violação eventualmente injusta e sumária à imagem da requerente pode prejudicar irremediavelmente uma atividade de interesse ao desenvolvimento nacional e mesmo regional que, a exemplo do cacau (cuja frágil participação do Estado brasileiro não assegurou a retomada da produção, a depender de décadas para se reestruturar), pode gerar dano permanente, sem possibilidade de reestruturação.

Inegavelmente, ao lado dos demais objetivos da República, há o de garantir o desenvolvimento nacional, a permitir, assim, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais (CR 3º, II e III, 170, “caput” e VII).

Por outro lado, convém recordar que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República garante a inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, razão pela qual a inclusão da requerente na chamada “lista suja” - divulgada publicamente e, como visto, com graves consequências financeiras para a empresa e sociais para todos os seus empregados, fornecedores e clientes - depende de confirmação judicial, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV/

CR), sobretudo quanto há o risco de cessação de atividade empresarial relevante.

O mesmo vale quanto à inviabilidade de negativação da requerente por cobrança de valores decorrentes dos Autos de Infração, porquanto ora contestados judicialmente. Ademais, ainda que despiciendo (vide SUM-373/STJ sobre recurso na via administrativa, quanto mais em discussão judicial), houve depósito judicial da quantia cobrada nos autos de infração." (fls. 2427/2428v)

MANTENHO, em parte, a decisão, **EXCETO** quanto ao AI 14274744, para **retirar a eficácia dos Autos de Infração n.ºs 19232446, 19232462, 19232471, 19232489, 19232403, 19232411, 19232390, 19232420, 19232438, 19232454, 14274604, 14274710, 14274701, 14274728, 14274736, 14274752, 19232373, 19232381, 14274698, 14274574, 14274590, 14274566, 14274558, 14274620, 14274612, 14274639, 14274647, 14274655, 14274663, 14274671, 14274680 e 14274582**, a fim de que **não sejam inscritos em dívida ativa**, e, ainda, para que por eles, inclusive o AI 14274744, **não conste o nome da requerente BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A. em Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, a ser paga pessoal e solidariamente, neste caso, pela Secretária de Inspeção do Trabalho e, naquele, pelo Procurador competente, e, em ambos, alternativamente, por outra autoridade eventualmente responsável, na hipótese de descumprimento.**

DISPOSITIVO

Pelo exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos, para anular os Autos de Infração n.ºs 19232446, 19232462, 19232471, 19232489, 19232403, 19232411, 19232390, 19232420, 19232438, 19232454, 14274604, 14274710, 14274701, 14274728, 14274736, 14274752, 19232373, 19232381, 14274698, 14274574, 14274590, 14274566, 14274558, 14274620, 14274612, 14274639, 14274647, 14274655, 14274663, 14274671, 14274680 e 14274582.

DECLARO a validade do Auto de Infração 14274744.

Transitada em julgado a última decisão proferida na causa, à vista do depósito a fls. 2.458 (13º vol.), **DETERMINO** à Secretaria que expeça o correspondente **Alvará** para recolhimento da multa relativa ao Auto de Infração 14274744, em favor da União, considerando, para tanto, o ajuizamento desta ação anulatória como suspensivo do prazo de vencimento, até o efetivo recolhimento pela Secretaria. **Libere-se** então o restante, igualmente por Alvará, à requerente, para o que se aceita a indicação da respectiva conta corrente, evitando-se longo deslocamento geográfico de advogado(a).

DECLARO nula a conclusão à qual se aportou a União no relatório a fls. 211- 2º vol., de que a requerente, nos limites fáticos que levaram ao ajuizamento da demanda, houvesse mantido empregados em condições análogas à de escravo e **CONDENO** a União a **não inscrever** a requerida, pelos Autos de Infração anulados e também naquele mantido, mas com depósito judicial, no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN.

CONDENO, ainda, a União a não inscrever a requerida, pelos Autos de Infração ora reexaminados e pela decisão administrativa que deles adveio, no Cadastro de Empregadores que Tenham Submetido Trabalhadores a Condições Análogas à de Escravo ("lista suja").

DEFIRO medida de antecipação dos efeitos da tutela de mérito para:

- a) retirar a eficácia dos Autos de Infração n.ºs 19232446, 19232462, 19232471, 19232489, 19232403, 19232411, 19232390, 19232420, 19232438, 19232454, 14274604, 14274710, 14274701, 14274728, 14274736, 14274752, 19232373, 19232381, 14274698, 14274574, 14274590, 14274566, 14274558, 14274620, 14274612, 14274639, 14274647, 14274655, 14274663, 14274671, 14274680 e 14274582;
- b) que nenhum dos Autos de Infração objeto de reexame na causa **seja inscrito em dívida ativa**, e, ainda,
- c) que **não conste** o nome da requerente BRASILAGRO COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS S.A. em Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo por nenhum dos Autos de Infração objeto de reexame na causa.

IMPONHO como multa diária para eventual descumprimento de toda e qualquer obrigação de fazer ou de não fazer estabelecidas nesta decisão, **R\$10.000,00, a ser paga, pessoal e solidariamente, pela autoridade eventualmente responsável, sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais cabíveis, e pela requerida.**

Diante da revelia da União, desentranhe-se a contestação e devolva-se à requerida. Pelo mesmo motivo, **oficie-se** imediatamente, encaminhando cópia desta decisão, ao **Advogado-Geral da União** e ao **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União**, a fim de que procedam como entenderem de direito.

Custas pela requerida, isenta.

Partes cientes (SUM-197/TST).

Bom Jesus da Lapa, 14 de agosto de 2012.

RINALDO GUEDES RAPASSI
Juiz do Trabalho

PROCESSO N° 0001256-18.2011.5.05.0134**SENTENÇA**

Predial Higienização Limpeza e Serviços Ltda apresentou ação de consignação em pagamento em face de Espólio de Marcelo Antonio Gomes narrando fatos e formulando requerimentos, como informa a petição inicial de fls.01/04. O consignado apresentou defesa, fls.43/44. Alçada fixada. Anexados documentos com vistas recíprocas. Decretada

a pena de confissão do consignado, fl.122. Razões finais reiterativas pela consignante. Impossibilitada a renovação da tentativa de conciliação. **É o relatório. FUNDAMENTAÇÃO: PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA:** Suscita-se de ofício a presente preliminar, eis que estabelece o ordenamento positivo que o espólio é representado por seu inventariante (CPC art. 12, V). Nesse contexto, está configurado nos autos o defeito de representação quando a defesa de interesses do espólio é feita por quem não foi nomeado para o encargo. Desse modo, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, inc.IV, do CPC. **CONCLUSÃO:** Ante o exposto, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, IV, do CPC, nos termos da fundamentação supra que integra este **decisum** como se aqui transcrita estivesse. Custas pela parte autora de 2%, calculadas sobre o valor atribuído à causa, dispensadas. **NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.**

ANA LUISA AGUIAR DE SOUSA
Juíza do Trabalho
Sentença
Processo nº 0001256-
18.2011.5.05.0134 RTConPag
4ª Vara do Trabalho de Camaçari

Camaçari, 13 de fevereiro de 2013

ANA LUISA AGUIAR DE SOUSA
JUÍZA TITULAR DE VARA DO TRABALHO

PROCESSO N° 0001496-70.2012.5.05.0134

ANA LUISA AGUIAR DE SOUSA

Juíza do Trabalho

Sentença

Processo n° 0001496-

70.2012.5.05.0134 RT

4ª Vara do Trabalho de Camaçari

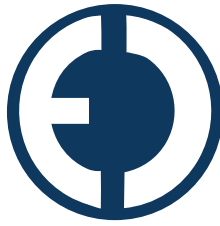
SENTENÇA

Paloma Lucia Guimarães Amaral Campelo reclamou contra Prefeitura Municipal de Dias D'Ávila narrando fatos e formulando requerimentos, como informa a petição inicial de fls.01/03. O reclamado apresentou defesa, fls.15/19. Alçada fixada. Anexados documentos com vistas recíprocas. Razões finais reiterativas. Renovada a tentativa de conciliação sem êxito. **É o relatório. FUNDAMENTAÇÃO: PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA:** Levanta a defesa a presente preliminar sob o fundamento que a reclamante foi nomeada para cargo de livre nomeação e exoneração. Com efeito, o documento de fl.23, não impugnado corrobora sua assertiva. Esclareça-se que os cargos em comissão são caracterizados pela livre nomeação e exoneração de seus ocupantes. Desse modo, são exoneráveis "ad nutum" pela natureza da confiança própria da relação jurídica e em face da previsão legal, sendo deste modo, instáveis, podendo a qualquer tempo serem afastados, sem que lhes assista direito algum. Ingressam no serviço público e dele são dispensados sem justificativa e de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração. Nesse diapasão, acolhe-se a preliminar de incompetência absoluta, pelo que extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, inc.IV, do CPC. // Há declaração de miserabilidade jurídica pela reclamante, pelo que fica deferido o benefício da justiça gratuita. **CONCLUSÃO:** Ante o exposto, acolhe-se a preliminar de incompetência absoluta, pelo que extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, IV, do CPC, na forma da fundamentação supra que integra este **decisum** como se aqui transcrita estivesse. Custas pela parte autora, de 2% sobre o valor da causa, dispensadas. **NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.**

ativas. Renovada a tentativa de conciliação sem êxito. **É o relatório. FUNDAMENTAÇÃO: PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA:** Levanta a defesa a presente preliminar sob o fundamento que a reclamante foi nomeada para cargo de livre nomeação e exoneração. Com efeito, o documento de fl.23, não impugnado corrobora sua assertiva. Esclareça-se que os cargos em comissão são caracterizados pela livre nomeação e exoneração de seus ocupantes. Desse modo, são exoneráveis "ad nutum" pela natureza da confiança própria da relação jurídica e em face da previsão legal, sendo deste modo, instáveis, podendo a qualquer tempo serem afastados, sem que lhes assista direito algum. Ingressam no serviço público e dele são dispensados sem justificativa e de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração. Nesse diapasão, acolhe-se a preliminar de incompetência absoluta, pelo que extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, inc.IV, do CPC. // Há declaração de miserabilidade jurídica pela reclamante, pelo que fica deferido o benefício da justiça gratuita. **CONCLUSÃO:** Ante o exposto, acolhe-se a preliminar de incompetência absoluta, pelo que extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art.267, IV, do CPC, na forma da fundamentação supra que integra este **decisum** como se aqui transcrita estivesse. Custas pela parte autora, de 2% sobre o valor da causa, dispensadas. **NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.**

Camaçari, 13 de março de 2013

ANA LUISA AGUIAR DE SOUSA
JUÍZA TITULAR DE VARA DO TRABALHO



REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA
www.trt5.jus.br/escolajudicial

**Colaborações e sugestões poderão ser
encaminhadas para o email**

REVISTA.ESCOLA@TRT5.JUS.BR

