

REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA



Escola Judicial

Ano II | n° 3 | Outubro 2013

Edição em homenagem aos 70 anos da CLT





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

Ministro Cláudio Brandão
Desembargador Edilton Meireles
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
Emanoel Almeida

IMAGENS

www.sxc.hu



www.trt5.jus.br/escolajudicial

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

Direitos do homem: Uma reflexão da sua evolução com enfoque na dignidade da pessoa humana. | Adriano Carmo Sampaio de Araújo **p.6**

Discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no mercado de trabalho: Uma visão crítica sobre a jurisprudência trabalhista no Brasil. | Antonia Camargo de Almeida e Marcio André Conde Martins **p.29**

Os crimes contra a organização do trabalho, trabalho escravo e o projeto de novo Código Penal | Gamil Föppel El Hireche e Rudá Santos Figueiredo **p.38**

Pensando o Direito do Trabalho Ideologicamente | Danilo Gonçalves Gaspar **p.45**

Segurança e saúde do trabalhador no Brasil e nos Estados Unidos: Eestudo comparado | Gabriel Melo Viana **p.54**

A equipação salarial no trabalho intelectual | Hélio de Oliveira Cardoso Filho **p.61**

A ausência de reprimenda onsta a continuidade da aplicação das súmulas 219 e 329 do TST | Leonardo Pereira Melo Miguel **p.70**

A boa-fé objetiva e a impossibilidade de deduzir pretensão indenizatória após o término do período de estabilidade gravídica | Leonardo Valverde Susart dos Santos **p.87**

A movimentação voluntária dos magistrados sob a ótica da Constituição Federal de 1988 | Marcos Augusto Nascimento Passos **p.105**

A penhora de percentual do faturamento das empresas: Equívoco do inciso VII do art. 655 do CPC | Paulo César Araújo Vieira **p.117**

Análise crítica da escassez de recursos: Um possível limite à efetivação dos direitos sociais | Rachel Freire de Abreu Neta **p.127**

O devido processo legal na despedida por justa causa: Um convite a uma nova hermenêutica | Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira e Maria da Graça Antunes Varela **p.140**

DECISÕES

Recurso Ordinário n° 0001108-28.2011.5.05.0612 | Desembargador Alcino Felizola **p.154**

Recurso Administrativo n° 0009049-51.2013.5.05.0000 | Desembargadora Ana Lúcia Bezzerá Silva **p.160**

Processo n° TST -AIRR-46400-17.2009.5.21.0012 | Ministro Cláudio Brandão **p.166**

Processo n° 0002444-26.2012.5.05.0000 | Desembargador Jéferson Alves Silva Muricy **p.174**

Mandado de Segurança (120) N° 0000115-07.2013.0000 | Desembargadora Luíza Aparecida Oliveira Lomba **p.176**

Recurso Ordinário n.° 0091500-94.2008.5.05.0102 | Desembargadora Graça Bonnes **p.181**

Recurso de Revista n° TST -RR-2373700-05.2008.5.09.0014 | Desembargadora Maria das Graças Silvanly Dourado Laranjeira **p.184**

Agravo de Petição n.° 0133700-94.2009.5.05.0001 | Desembargadora Graça Bonnes **p.193**

SUMÁRIO

DECISÕES

Processo n.º TST
-RR-1206-85.2011.
5.04.0403 | Desembargado-
ra Maria das Graças Silvany
Dourado Laranjeira **p.196**

Dissídio Coletivo de
Greve n.º 0000539-
83.2012.5.05.0000 | De-
sembargadora Graça Bon-
nes **p.204**

Processo n.º 0000201-
67.2010.5.05.0651 |
Rinaldo Guedes Rapassi
p.216

APRESENTAÇÃO

Dedicada aos 70 anos da CLT, a 3ª edição da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região segue a proposta de divulgar a produção acadêmica e jurisprudencial com temas relacionados ao Direito Trabalhista e áreas afins.

Para essa edição foram selecionados pelo Conselho Editorial 12 artigos e 11 decisões de alta qualidade, o que nos orgulha e incentiva a seguir o trabalho de construção de uma revista que pretende se firmar e contribuir cada vez mais para a difusão de conhecimento.

Desejamos uma boa leitura!



Vânia Jacira Tanajura Chaves
Desembargadora Presidente do TRT5

DIREITOS DO HOMEM: UMA REFLEXÃO DA SUA EVOLUÇÃO COM ENFOQUE NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Resumo: A partir do entendimento sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o presente ensaio pretende propor uma reflexão das mudanças sociais em face da globalização.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Resumen: De la comprensión del principio de la dignidad humana, este ensayo tiene como objetivo proponer una reflexión del cambio social en el contexto de la globalización.

Palabras Clave: Principio de la Dignidad Humana.

Sumário: I. INTRODUÇÃO. II. EVOLUÇÃO DAS NECESSIDADES HUMANAS. III. A INTEGRAÇÃO NA ERA GLOBALIZADA. IV. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. V. CONCLUSÃO. VI. BIBLIOGRAFIA.

ADRIANO CARMO SAMPAIO DE ARAÚJO

Servidor da Justiça Federal do Trabalho (TRT da 5ª Região), e ex-advogado. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho. Palestrante e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

1. INTRODUÇÃO

Partindo de um breve contexto histórico do direito dos homens, alocando-o aos acontecimentos do mundo cotidiano, na era globalizada, propomos uma reflexão focada na dignidade da pessoa humana, buscando compreender o que esperamos de nós mesmos.

Época de conflito entre novos e velhos paradigmas dos direitos, como os que originaram os direitos a vida, a liberdade e a propriedade, remontados desde a Revolução Francesa no final do século XVIII, que evoluíram e continuam evoluindo no século XXI. Época de uma sociedade de economia globalizada, cuja realidade constantemente viabiliza direitos humanos de natureza individual, social e metaindividuais¹. Tudo em razão das necessidades dos homens que, em constante redefinição e criação, se revelam inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço².

Propomos refletir sobre a atual realidade dos direitos humanos, sem nos reter a não menos importantes discussões doutrinárias, sem, contudo, ora mencioná-las, tais como: a evolução dos direitos concomitantemente às mudanças históricas, conforme o magistério de Bobbio³ (criticada por alguns, entendendo não poder ser fragmentadas a dinâmica da vida em sociedade nem a inter-relação dos direitos⁴); a classificação dos direitos humanos em gerações, fases, eras ou dimensões, dada a não substituição ou inalterabilidade desses direitos com o passar do tempo, sempre se fazendo ou se complementando, tal como explica Bonavides:

1 Ver: WORKMER, in RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (organizadores). Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2003/2004). 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 23. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>.

2 Op. cit., WOLKMER, on line, p. 25.

3 Ver: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier 2004, p. 38.

4 Entendendo que a dinâmica da vida em sociedade e a inter-relação dos direitos não podem ser fragmentadas, alguns doutrinadores discordam da classificação dos direitos humanos em gerações ou dimensões, pois, assim, seriam programáticos, de realização progressiva. Desse modo, enquanto as discriminações relativas a direitos individuais e políticos são absolutamente condenadas, as discriminações econômicas e sociais seriam toleradas.

[...] força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 525).

Notadamente, com foco da dignidade da pessoa humana, ora nos interessa refletir o porquê de em plena segunda década do século XXI, mesmo nos países desenvolvidos (Estados Unidos da América, França, Itália, Alemanha, Espanha etc.) e em desenvolvimento (Brasil, Rússia, Argentina, México etc.), continuarmos convivendo com problemas sociais, tais como: a não garantia da cidadania e dos direitos humanos; a violência e a criminalidade; a exclusão social propriamente dita. Isso, quando: de um lado, as pessoas se voltam cada vez mais para a satisfação própria e, do outro lado, os Estados relegam a um segundo plano a saúde, a segurança e a educação dos seus cidadãos, buscando cada vez mais romper com aqueles ideais liberais de proteção social. Os Estados não tratam tais dificuldades como problemas sociais. Ao invés de implantarem políticas públicas inclusivas, visando solucioná-los, fazem uso da lei para conter desordens e conflitos oriundos das desestruturações sociais, simplesmente reprimindo os movimentos populares reivindicadores, aguardando que a "mão invisível" do mercado os solucionem.

2. EVOLUÇÃO DAS NECESSIDADES HUMANAS

Desde os primórdios, quando o homem deixou de ser nômade e se tornou sedentário, em face do desenvolvimento da agricultura, teve origem a vida em comunidade. Daí surgiram as aldeias e, posteriormente, as primeiras civilizações terrestres, notadamente às margens férteis do Rios Nilo (civilização egípcia), Tigre e Eufrates (civilização mesopotâmica)⁵.

Para se manter a ordem social daquelas civilizações fez-se necessária a imposição de regras de conduta⁶. Assim ocorreram as primeiras formações sociais, tendo no topo da pirâmide uma autoridade maior, mais rica e poderosa (o faraó, no Egito; os reis, na Mesopotâmia). Na base piramidal estavam os

5 "[...] Com efeito, existem indícios de existência de vida humana na Mesopotâmia e Egito já na Era Neolítica (ano 7000 a.C. na região da Mesopotâmia e 5500 a.C. no Egito). Mas é no quarto milênio a.C. que a proximidade de datas fica mais evidente. Ambas as civilizações urbanizam-se e adotam a escrita em períodos muito próximos. Como já dito, as primeiras inscrições em cuneiforme aparecem na Mesopotâmia em 3100 a.C.; os primeiros textos em hieróglifos surgem no Egito no período compreendido entre 3100 e 3000 a.C. Quanto às cidades, elas já existem na Mesopotâmia no lapso de tempo situado entre 3100 e 2900 a.C.; no Egito, a urbanização dá-se de forma gradual, concomitante à unificação dos povos do Sul e Norte (Baixo e Alto Egito), o que resulta na formação das cidades entre 3100 e 2890 a.C." É o que leciona Cristiano Araújo Pinto, ao tratar de Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito (WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). Fundamentos de História do Direito. São Paulo: Ed. Delry Ltda, 2006, p. 16).

6 Discorrendo sobre a história do Direito, desde a implantação das regras de conduta até o Direito Antigo ou Arcaico, que não diferenciavam as prescrições civis, religiosas nem morais, dispõe Antônio Carlos Wolkmer: "A inversão e a difusão da técnica da escritura, somada à compilação de costumes tradicionais, pracionam os primeiros códigos da Antiguidade, como o de Hamurábi, o de Manu, o de Sólón e a Lei das XII Tábuas [...]."

Esse direito antigo, tanto no Oriente quanto no Ocidente, na explicação de H. Summer Maine, não diferenciava, na essência, a mescla de prescrições civis, religiosas e morais. Somente em tempos mais avançados da civilização é que se começa a distinguir o direito da moral e a religião do direito. Certamente, de todos os povos antigos, foi com os romanos que o direito avançou para uma autonomia diante da religião e da moral.

Pode-se dizer, por fim, que outra regularidade desse processo normativo foi a longa e progressiva evolução das obrigações e dos deveres jurídicos da condição de status (as obrigações são fixadas na sociedade, de acordo com o status que ocupam seus membros), inerentes ao direito primitivo, para o da relação contratual dependente da vontade e autonomia das partes, características já do direito legislativo e formal." (WOLKMER, Op. cit., p. 4-5).

mais pobres e desprestigiados (pequenos agricultores e escravos)⁷.

Com o passar do tempo, as bases daquelas pirâmides sociais foram crescendo proporcionalmente em número cada vez maior do que as classes situadas no topo. E, dada à crescente diferença da qualidade de vida do povo (ricos cada vez mais ricos e pobres cada vez mais pobres), as exigências advindas da base piramidal aumentaram, acabando por derrubar o poder dominante, dando lugar a outro, muitas vezes povos estrangeiros conquistadores, como se sucedeu na antiga Mesopotâmia⁸.

Revela-se notória a concomitância e a relação entre as necessidades humanas, lutas e conquistas dos seus direitos, ao longo da história, tal como apontou Bobbio: “[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente.” (BOBBIO, 2004, p. 38).

7 Ver: nota de rodapé 1.

8 “Pode-se ilustrar a transição das formas arcaicas de sociedade para as primeiras civilizações da Antiguidade mediante três fatores históricos: (1) o surgimento das cidades; (2) a invenção e domínio da escrita e (3) o advento do comércio e, numa etapa posterior, da moeda metálica. Convém, então, fazer referência, ainda que de modo breve, a cada um desses aspectos... Com a organização do homem em aldeias, resultante de sua sedentarização no território, que passa a ser cultivado – fenômeno típico da Era Neolítica –, a idéia moderna de cidade vai-se tomando mais próxima. O passo seguinte seria a fundação das primeiras cidades. E isso ocorreu, como é consenso entre os historiadores, na Mesopotâmia.

Consoante a lúcida narração de Ciro Flamarion Cardoso, a formação da cidade na Mesopotâmia foi o termo final de um processo lento de destribalização que se estendeu pela maior parte do quarto milênio da era pré-cristã. Na Baixa Mesopotâmia – região normalmente designada como Suméria, nas margens do Rio Eufrates, mais próxima ao Golfo Pérsico –, já se contabilizavam cinco cidades nos anos 3100-2900 a.C.: Eridu, Badtibira, Sippar, Larak e Shuruppak. No período histórico imediatamente subsequente, chamado dinástico primitivo ou présargônico (2900-2334 a.C.), são registradas, além daquelas já mencionadas, as seguintes cidades: Kish, Akshak, Nippur, Adab, Umma, Lagash, Uruk, Larsa e Ur.

Uma última palavra merece ser enunciada, agora em relação ao advento do comércio. Não obstante ser extremamente difícil, em termos exatos, definir a data em que surge a modalidade de agregação de valor e posterior comercialização de bens, é bastante plausível citar o incremento e sistematização das trocas de mercadorias (por intermédio da venda em mercados ou da navegação) como um aspecto preponderante da passagem das sociedades arcaicas para o mundo antigo. De fato, como será observado a seguir, o comércio é um elemento fundamental na consolidação das civilizações da Mesopotâmia e Egito. Segundo a já clássica contribuição de Engels, a origem do comércio localiza-se na divisão do trabalho gerada pela apropriação individual dos produtos antes distribuídos no seio da comunidade; com a retenção do excedente, a criação de urna camada de comerciantes e a atribuição de valor a determinados bens, o homem deixa de ser senhor do processo de produção. Inaugura-se, então, segundo Engels, urna simetria no interior da comunidade, com a introdução da distinção rico-pobre.” (PINTO, Cristiano Paixão, sobre Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito, in WOLKMER, 2006, p. 16).

Da Lei do Talião⁹ ao Código de Hammurabi¹⁰, do Direito Romano¹¹ ao Direito Moderno¹²,

9 Ver: Êxodo 21, 23-25: “Mas se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” (Bíblia Sagrada, p. 122). Ver também Levítico 24, 17-21: “Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto. Quem tiver ferido de morte um animal doméstico, dará outro em seu lugar: vida por vida. Se um homem ferir o seu próximo, assim como o fez, assim se lhe fará a ele: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; ser-lhe-á feito o mesmo que ele fez ao seu próximo. Quem matar um animal, restituirá outro, mas quem matar um homem será punido de morte.” (Bíblia Sagrada, p. 169).

10 “[...] O Código foi promulgado, aproximadamente, em 1694 a.C., no período de apogeu do império babilônico, pelo rei Hammurabi. Ele é composto por 282 artigos, dispostos em cerca de 3600 linhas de texto, que abrangem quase todos os aspectos ligados à dinâmica da sociedade babilônica, desde penas definidas com precisão de detalhes até institutos do direito privado, passando, ainda, por uma rigorosa regulamentação do domínio econômico. O Código representa, ainda hoje, uma das principais fontes históricas disponíveis para o estudo da antiga Mesopotâmia. Tudo indica, na verdade, que se trata de uma grande compilação de normas anteriormente dispostas em outros documentos e de decisões tomadas em casos concretos, que serviram de base para a elaboração dos artigos.” (PINTO, Op. cit., p. 24).

11 “[...] A sociedade desigual romana gerou uma série de instituições políticas e jurídicas sui generis, bem como um ambiente de conturbação e de conflitos de classe, decorrentes das desigualdades sociais, principalmente entre as classes dos patrícios e a dos plebeus, esta situação se manifestou, por exemplo, na rebelião plebéia que gerou a elaboração da famosa Lei das XII Tábuas,³² atribuindo mais poder aos plebeus, ...” (NETO, Francisco Quintanilha Vêras, sobre Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado, in WOLKMER, 2006, p. 84).

12 O Direito Moderno que surgiu ao final do século XVIII, posteriormente à Revolução Francesa e durante a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra, caracterizou-se principalmente pelo pluralismo político, a democracia, a separação dos poderes, o conhecimento científico e planejado, rejeitando o direito divino dos reis e a religião estatal (tudo em nome da liberdade e garantia dos direitos sociais). Época em que se inaugurou uma nova fase na história humana, elegendo o homem e suas virtudes como responsáveis por seus progressos, apenas alcançáveis se respeitadas a liberdade de viver e de pensar. Quando o ideal de liberdade marcou o fim do absolutismo e dos privilégios da nobreza. O povo ganhou mais autonomia e respeito aos seus direitos sociais. E a burguesia conduziu o processo, de modo a garantir o domínio social, estabelecendo as bases de uma sociedade burguesa e capitalista. Período em que, dentre outros, destacaram-se pensadores como Adam Smith, Jean-Jacques Rousseau, Locke, Montesquieu e Voltaire.

Foi em meio a uma verdadeira Revolução Cultural que o Direito Moderno surgiu. A partir do século XVIII, quando combinado ao iluminismo, o jusracionalismo adquiriu uma influência direta sobre a política do direito e a legislação, com a Revolução Francesa, tornando-se o conhecimento científico e planejado, se materializado em técnica e tecnologia, em meio à Revolução Industrial, com a mecanização em setores econômicos importantes da época, iniciada na Inglaterra, que se espalhou por outros países a partir do século XIX.

Paralelamente ao surgimento de um conjunto de mudanças tecnológicas, pela implantação da mecanização (mecanização dos meios de produção), além do forte impacto tecnológico e econômico da época, também ocorreu um grande impacto social, político e cultural. O trabalho artesanal foi substituído pelas máquinas, que passaram a produzir em grandes quantidades, aquilo que antes era fabricado em pequenas quantidades. Com a Revolução Industrial houve a diminuição do emprego da mão-de-obra humana, em face da mecanização adotada pelas indústrias, dando origem a uma nova relação entre o capital e o trabalho, desenvolvendo-se o Direito Moderno em um mundo no qual os ricos se tornavam cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, tal como exemplificou Leo Huberman: “Se um marciano tivesse caído naquela ocupada ilha da Inglaterra teria considerado loucos todos os habitantes da Terra. Pois teria visto de um lado a grande massa do povo trabalhando duramente, voltando à noite para os miseráveis e doentios buracos onde moravam, que não serviam nem para porcos; de outro lado, algumas pessoas que nunca sujaram as mãos com o trabalho, mas não obstante faziam as leis que governavam as massas, e viviam como reis, cada qual num palácio individual.” (HUBERMAN, Leo. A História da Riqueza do Homem: do feudalismo ao século XXI. 22ª ed. Rio de Janeiro: LCT, 2010, p. 142).

Em tempos marcados pela combinação de vários fatores como o liberalismo econômico, a acumulação de capital e uma série de invenções (máquinas de tecelagem, o motor a vapor etc.), quando adveio a cultura de massa e o capitalismo se tornou o sistema econômico vigente, com o Direito Moderno também surgiram as primeiras grandes criações sistemáticas da moderna legislação, principalmente a partir do fim do século XVIII, tais como: o Código Geral do Direito Territorial Prussiano; o Código Civil Francês de 1804; os códigos de Direito Penal, Processo Penal e Tributário, primeiramente na França (WIEACKER, p. 12-13).

Outro aspecto relevante do Direito Moderno foi a firmamento das bases para o surgimento de um novo direito, o do Direito do Trabalho. Sim, pois antes da Revolução Industrial o sistema de trabalho era basicamente servil, escravo, desenvolvido em ambiente patriarcal, sem liberdade. Logo, não havia necessidade da interferência estatal, de modo a normatizar as regras da prestação de serviços; não havia a relação patrão empregado.

aos ireito Pós-moderno¹³, na chamada Era da Globalização¹⁴, as lutas por direitos sociais também são proclamadas, servindo de bandeira para a revolta de povos. Foi o recente caso da Revolução do Jasmim¹⁵, seguida da Primavera Árabe¹⁶, que na busca da liberdade de expressão e melhores condições de vida

13 Não se trata de datar o início do que ora se chama Direito Pós-Moderno, a partir de dado acontecimento, como se deu com o Direito Moderno, notadamente surgido após a Revolução Francesa e durante a Revolução Industrial. Trata-se de se posicionar ante a realidade atual, em que os Estados, antes responsáveis pela saúde, educação e segurança da sociedade, passaram a intervir diretamente na vida das pessoas, ao mesmo tempo em que, contraditoriamente, proclama o respeito aos direitos humanos e delega suas funções originárias a terceiros. Hoje, tudo é privatizado, desde a saúde, com os planos de saúde e hospitais privados que, em geral, prestam melhores serviços, enquanto a saúde pública cambaleia; a educação, com os despreparos do ensino público e a proliferação das instituições privadas de ensino, que também proporciona uma melhor qualidade de ensino; até a segurança, em que pessoas físicas e jurídicas fazem uso cada vez mais das empresas de segurança, visando salvaguardarem a si próprias ou seus patrimônios (as forças policiais públicas já não conseguem suprir toda a demanda de segurança da sociedade). Todavia, essa idéia de terceirização dos serviços inerentes ao Estado só está ao alcance de poucos (os que podem pagar), enquanto as majorias das populações mundiais seguem sofrendo com os descasos dos seus respectivos estados. Como bem disse Boaventura de Souza Santos: "como todas transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exactidão a situação atual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de 'pós-moderno' se tornou tão popular. Mas, por essa mesma razão, este termo é autêntico na sua inadequação." (SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, 1 v, p. 49).

A verdade é que vivenciamos tempos de futuro incerto, tomado pelo fenômeno da globalização, em que o mundo teve encurtado suas distâncias, notadamente pelos avanços tecnológicos e, principalmente pelo advento da Internet, com uma interdependência das economias de mercado, podendo o sistema financeiro de um país quebrar ante a quebra de outros. Tempos em que os homens buscam condições de vida cada vez melhores e, contraditoriamente, para tanto, degradam cada vez mais a natureza, acabando com o resto da fauna e da flora existentes, sob a bandeira da necessidade de se produzir mais para satisfazer a crescente demanda social mundial. Époça em que os diferentes Estados implantam políticas reguladoras de mercado, ao mesmo tempo em que pregam o direito à livre iniciativa privada. Quando as relações de trabalho entre patrão e empregado já não satisfazem a nenhuma das partes, na medida em que um visa lucrar o máximo, de modo a sobreviver em um mercado cada vez mais concorrido, enquanto o outro luta por mais direitos, como a diminuição da carga horária, maiores salários e melhores condições de trabalho.

E é neste cenário que o Direito tem um papel fundamental, que é o de romper com antigos paradigmas, ao mesmo tempo assegurar as conquistas sociais. Afinal, como bem exemplificou Zygmunt Bauman, ao tratar da liberdade na era líquida moderna: "O mundo não se mostra mais dócil para amassar e moldar; em vez disso, ele parece nos ofuscar - pesado, espesso, inerte, opaco, impenetrável e inexpugnável, inflexível e insensível a qualquer de nossas intenções, resistentes a nossa tentativa de torná-lo mais hospitaleiro para a coexistência humana." (BAUMAN,

Zygmunt. A Ética é Possível num Mundo de Consumidores? Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 115-116).

Destarte, o Direito Pós-Moderno situa-se em uma era em que os aspectos econômicos, políticos, sociais, culturais, morais, tecnológicos etc., ora vivenciados, se multiplicam de tal forma, que fogem ao controle dos Estados, responsáveis pela manutenção do equilíbrio social.

Desta forma, urge ao Direito lançar mão de novas bases, novos pilares, de modo a se atender aos direitos pré-existentes e aqueles ora desejados, de modo a se preservar as conquistas sociais de outrora. Afinal, como bem esclarece Eduardo Carlos Bianca Bittar: "Os desvios sentidos e vividos ao longo deste processo são, por sua vez, causa de novos conflitos, que se renovam e multiplicam em novas perspectivas, em grau mais acelerado e complexo que a própria velocidade e capacidade do Estado de Direito de administrá-los (BITTAR, on-line).

14 Ver: OCAMPO, 2007, p. 35.

15 Em 1987, Ben Ali assumiu o poder na Síria, após uma conspiração palaciana, e "passou a controlar autoritariamente o país, mediante eleições fraudulentas, estado policial, nepotismo e a formação de uma indistinta cleptocracia. Ao mesmo tempo em que manteve ótimas relações com o Ocidente". Mas as insatisfações da população, clamando liberdade de imprensa, respeito aos direitos humanos e melhores condições de vida, aliadas ao agravamento da recessão econômica do país e aos "impactos das práticas nefastas do regime" do seu ditador sobre a economia, acabaram motivando a grande revolta popular, a Revolução do Jasmim (ALBUQUERQUE, on-line).

16 A chamada Primavera Árabe foi denominação dada a uma onda revolucionária de manifestações e protestos ocorridos no Oriente Médio e no Norte da África desde 17 de dezembro de 2010, noticiados nos órgãos de imprensa de todo o mundo, quando, desesperado pela perda do seu negócio em face da corrupção de fiscais do governo, Mohamed Bouazizi ateou fogo em seu corpo, em prática suicida conhecida como autoimolação. Isso desencadeou a revolta de várias populações, mesmo fora do mundo árabe, que sofriam sob o regime de governos autoritários, reclamando a liberdade de expressão, a garantia dos direitos humanos e melhores condições de vida.

Grandes protestos atingiram a Tunísia, o Egito e a Líbia, além da Argélia, Bahrein, Djibuti, Iraque, Jordânia, Síria, Omã,

derrubaram os governos da Tunísia, do Egito e da Líbia. Vide o caso da Síria¹⁷, cujo governo vem sofrendo fortes pressões internacionais, inclusive com possibilidades de intervenção militar internacional, em face de flagrantes violações do Estado aos direitos humanos, com o massacre da população civil, em enfrentamento às revoltas populares, que tomaram proporções de uma guerra civil, noticiado por toda a imprensa mundial, principalmente a virtual¹⁸.

Conquanto o decurso do tempo nos separe dos acontecimentos apenas remontados na história dos direitos humanos¹⁹, graças às novas tecnologias da comunicação, ora vivenciamos os atuais movimentos revolucionários²⁰, demonstrando-nos que uma nova ordem só é instaurada quando se rompe com os antigos paradigmas, dando origem a novas concepções, modos de ser e de agir, o que não se alcança sem violentas rupturas ante as naturais resistências oferecidas. Afinal, quem tem consolidada sua situação sócio-econômica não quer se ver desestabilizado, dando lugar ao novo, ao desconhecido, favorecendo a outros em detrimento de si próprio. Assim ocorreu ao logo da história, na constante busca de melhores condições de vida do homem em sociedade, e continuará ocorrendo, porquanto inerente ao ser humano²¹. Foi o caso da proclamação dos Direitos Humanos, adotada e proclamada por

lêmen, Kuwati, Líbano, Mauritânia, Marrocos, Arábia Saudita, Sudão e Saara Ocidental. Tais protestos e revoltas populares eram acompanhados de técnicas de resistência civil em campanhas sustentadas em greves, manifestações, passeatas, comícios, além do uso de mídias sociais (Facebook, Twitter e Youtube) para organizar, comunicar e sensibilizar a população e a comunidade internacional em face de tentativas de repressão e censura na Internet por parte dos seus diferentes chefes de Estado.

Essas revoltas populares culminaram na derrubada dos chefes de Estado da Tunísia (o presidente da Tunísia, Zine El Abidine Ben Ali, fugiu para a Arábia Saudita, após os protestos da Revolução do Jasmim, em 14 de janeiro de 2011), do Egito (o presidente Hosni Mubarak renunciou em 11 de fevereiro de 2011, findando um mandato de 30 anos, após dezoito dias de protestos em massa) e da Líbia (o ditador, presidente Muammar al-Gaddafi foi morto por rebeldes, com a ajuda de tropas internacionais, que apoiaram a intervenção militar naquele país, após uma séria de atentados contra os direitos humanos).

Após tantas revoltas e repercussões internacionais, outros chefes de Estado declaram a intenção de deixarem o governo, a exemplo do presidente do Iêmen (Ali Abdllah Saleh, após 35 anos no poder, disse que não tentará a reeleição em 2013), o presidente do Sudão (Omar al-Bashir afirmou que não disputará as eleições de 2015) e o premier do Iraque (Nouri al-Maliki declarou sua intenção de não governar após o fim do seu mandato, em 2014). Na Jordânia, os protestos provocaram a renúncia do governo, e o rei Abdullah indicou o ex-primeiro-ministro e embaixador de Israel, Marouf Bakhit, como novo primeiro-ministro do país (ESCOLA GLOBALIZADA, on-line).

17 Na Síria, os protestos populares com início em 26 de janeiro de 2011 evoluíram para a revolta armada, em 15 de março de 2011, influenciados por outros protestos simultâneos na região. As manifestações populares por mudanças no governo têm sido descritas como "sem precedentes", com a exigência de maior liberdade de imprensa, garantia dos direitos humanos e uma de uma nova legislação. A Síria se encontrava em estado de emergência desde 1962, quando foram suspensas as proteções constitucionais para a maioria dos cidadãos. O ditador Hafez al-Assad esteve no poder por trinta anos, e seu filho, Bashar al-Assad tem mantido o poder com mão-de-ferro nos últimos dez anos. E, pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos noticiados na imprensa mundial, o governo sírio sofre fortes pressões internacionais, com possibilidades de intervenção militar internacional, ainda não deflagrada pela ONU, devido à oposição da China e da Rússia, aliados daquele governo (WIKPÉDIA, on-line).

18 Ver: <http://www.60news.com/news-syria-says-u-n-s-annan-wrong-about-tremseh-103237/>; <http://edition.cnn.com/>.

19 Ver: nota de rodapé 11.

20 Ver: notas de rodapé 10, 11 e 12.

21 Sobre a comodidade e desinteresse de mudança da classe dominante em face do novo, por Leo Huberman, vale a transcrição do pensamento dos privilegiados, que cerraram fileiras em torno do Parlamento de Paris, quando antes da Revolução Francesa (iniciada em 17/07/1789, com a Queda da Bastilha, a Revolução Francesa findou-se em 1799, inaugurando a Era Napoleônica, estendida até 1815), em 1776, o então ministro das Finanças, Jacques Turgot, tentou por em prática algumas reformas no decadente sistema fiscal absolutista francês (Turgot começou reformas que pretendiam desregular a agricultura e a indústria, encorajar o livre intercâmbio de mercadorias e abrir as fronteiras, além de estabelecer práticas trabalhistas mais justas. Reformas que incomodaram a aristocracia francesa da época - vide ACTION INSTITUTE, 2012, on line): "A primeira regra da justiça é preservar a alguém o que lhe pertence: essa regra consiste não apenas na preservação dos direitos de propriedade, mas ainda mais na preservação dos direitos da pessoa, oriundos de prerrogativas de nascimento e posição... Dessa regra de lei e equidade segue-se que todo sistema que, sob a aparência de humanitário e beneficente, tende a estabelecer igualdade de deveres e destruir as distinções necessárias, levará dentre em pouco à desordem (resultado inevitável da igualdade) e provocará a derrubada da sociedade civil. A

Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU - Resolução 217, A, III, de 10 de dezembro de 1948²²), só depois dos horrores da 2ª Guerra Mundial.

A história nos demonstra que as mudanças ocorrem a partir da necessidade humana de evoluir, de modo a conquistar melhores condições de vida. Daí se origina um confronto entre os velhos e os novos paradigmas, tal como afirmou Karl Marx, quando opôs a idéia de mundo antigo ao de sociedade antiga, criando uma periodização das fases do desenvolvimento histórico:

Na produção social de sua vida, os homens estabelecem determinadas relações de produção que correspondem a uma determinada fase do desenvolvimento das suas forças produtivas materiais [...]. Num certo estágio de seu desenvolvimento, as forças materiais da sociedade entram em conflito com as relações de produção existentes, ou, o que não é senão a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais se desenvolveram até ali [...]. Abre-se, então, uma época de revolução social. (NETO, Francisco Quintanilha Vêras, sobre Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seu Legado, in WOLKMER, 2006, p. 83, apud BOTTOMORE, Tom et al. Dicionário do pensamento marxista. Rio de Janeiro: Zahar, p. 346).

Além de reforçar a idéia de se preservar e prestigiar as conquistas sociais em nome da paz e da ordem estatal, os recentes movimentos populares (Revolução de Jasmim, Primavera Árabe, Guerra Civil Síria, movimentos nas ruas do Brasil de 2013), exigindo liberdade de expressão e melhores condições de vida das populações dos países envolvidos, confirma que “o processo histórico de criação ininterrupta dos ‘novos’ direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação de novos atores sociais”, como bem disse Wolkmer, ao discorrer sobre Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos²³.

Ressalte-se que as referidas revoltas populares e consequentes movimentos e/ou reformas políticas só se efetivaram graças à facilidade de comunicação. Esta é um dos efeitos tecnológicos e marca da globalização, notadamente via Internet e suas redes sociais (FaceBook, Orkut, Twitter etc.), que encurtou as distâncias entre os países e rompeu fronteiras, possibilitando ao mundo assistir às violações dos direitos humanos daqueles povos, por Estados opressores. Isso motivou a revolta de outras sociedades que vivenciavam os mesmos problemas, tal como se deu com a chamada Primavera Árabe²⁴.

Enquanto houver civilização humana, sempre que essa se modificar, concomitantemente, o Direito sofrerá mutações, tal como no presente momento, na era da globalização. É que todas essas mudanças precisam de regras para gerenciar os diferentes conflitos de interesses sociais, internos ou externos (internacional), pessoais ou coletivos.

Entretanto, as exigências sociais atuais diferem daquelas que motivaram mudanças pela liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença; pela liberdade civil contra toda forma de

monarquia francesa, pela sua constituição, é formada de vários Estados distintos. O serviço pessoal do clero é atender às funções relacionadas com a instrução e o culto. Os nobres consagram seu sangue à defesa do Estado e ajudam o soberano com seus conselhos. A classe mais baixa da nação, que não prestar ao rei serviços tão destacados, contribui com seus tributos, sua indústria e seu serviço corporal. Abolir essas distinções é derrubar toda a constituição francesa.” (HUBERMAN, 2010, p. 115-116, apud HAZEN C. D., *The French Revolution*, v. I. p. 128-129).

22 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 18 de jun. 2012.

23 Op. cit., WOLKMER, 2010, on line, p., 26.

24 Ver: nota de rodapé 10.

despotismo (Revoluções Inglesa, Norte-Americana e Francesa), quando se lutava contra o dogmatismo das Igrejas e o autoritarismo dos Estados.

Na era da globalização as exigências são pelo bem estar e satisfação pessoal dos indivíduos e da coletividade. É a busca por uma melhor qualidade de vida propriamente dita, que lhes permitam desfrutar das benesses da segunda metade do Século XXI, com mais conforto e satisfação; melhor prestação dos serviços públicos gerais (educação, saúde, segurança, justiça e transportes); maior transparência das contas públicas, dos atos governamentais etc. As exigências sociais do mundo atual vão muito além da busca pelos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (direito à vida, à liberdade e à propriedade), com a exceção de alguns países, cujos povos ainda lutam para alcançá-los (Síria, Egito etc.).

Hodiernamente, a busca do homem não é só para viver em liberdade, na sua propriedade, mas conforme o seu conceito de “viver com dignidade”, variando de indivíduo para indivíduo, de sociedade para sociedade. Os homens deixaram de consumir para viver e vivem para consumir²⁵. Todos querem televisão a cabo ou via satélite, serviços de Internet banda larga, telefonia móvel, veículos motorizados, melhor aproveitamento dos recursos públicos, isto é, tudo que torne a vida terrestre melhor, mais prazerosa e tranquila ao ser humano. Contudo, em nome disso, por muitas vezes, as pessoas ultrapassam os limites da legais, quando por exemplo, fazem uso das novas tecnologias e invadem a privacidade alheia. A verdade é que as presentes necessidades humanas²⁶ ultrapassam o que Loke definiu como estado natural do homem:

“[...] um estado de perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro.” Um estado natural de liberdade, ainda que nos limites da lei, esclareceu Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 75-76, apud J. Loke).

Todavia, essas novas exigências sociais do mundo atual não significam o fim da busca pelo exercício dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, o que se verifica é uma forte expansão daqueles, além dos direitos à a vida, liberdade, trabalho e saúde. Exigências sociais cada vez mais crescentes, principalmente quando partem de fundamentos legais, assim analisadas por Norberto Bobbio:

“Essa exigência de passar da hipótese racional para a análise da sociedade real e de sua história vale com maior razão hoje, quando as exigências, provenientes de baixo em favor de uma maior proteção de indivíduos e de grupos (e se trata de exigências que vão bem além da liberdade em relação a e da liberdade de) aumentaram enormemente e continuam a aumentar; [...] O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos

25 Na sociedade do século XXI, comprar um novo automóvel, adquirir o mais rápido computador, o mais novo aparelho de telefone celular virou uma necessidade de auto-satisfação, que move a tônica do consumismo. Não basta viver em liberdade com a garantia do direito da sua propriedade. Hodiernamente, com os denominados direitos fundamentais de terceira e quarta geração, existe a constante busca social por melhores condições de vida, em todos os sentidos (saúde, educação, status, prazeres, tecnologia, lazer etc.). São exigências sociais cuja lista não para de crescer. Op. cit., BOBBIO, p. 89.

26 Ante a necessidade de combater a criminalidade, para fazer investigações, muitas vezes a polícia acaba fazendo uso das novas tecnologias, invadindo o direito de privacidade (CF, art. 5º, X) dos pretensos criminosos. O mesmo se diga quando “paparazzis” inescrupulosos invadem a intimidade privada de celebridades, postando suas imagens na Internet. Mas, não obstante a flagrante violação do direito de privacidade daquelas, talvez pela necessidade de satisfazer uma inexplicável necessidade de curiosidade, a sociedade em geral acaba acessando o conteúdo ilegal, apenas retirado das redes sociais por decisão do estado juiz, provocado pela vítima.

fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.” (BOBBIO, 2004, p. 89).

No mesmo sentido dispõe Antônio Carlos Wolkmer:

As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se, de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema globalizado, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. (WOLKMER in RÚBIO, 2010, on line, p. 24-25).

E, na busca da prevalência dos direitos humanos, várias leis foram editadas e incorporadas ao direito pátrio de muitos países, como leis fundamentais, tais como as que protegem os indivíduos portadores de necessidades especiais, a exemplo do que se deu no Brasil (CF, art. 1º, III) e na Alemanha (art. 1º da Lei Fundamental da República da Alemanha)²⁷.

Não foi por acaso o surgimento de leis no ordenamento jurídico brasileiro, com fins de defender interesses coletivos e metaindividuais específicos, tais como: a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e das normas constitucionais sobre os direitos da personalidade introduzidos pela Constituição Brasileira de 1988 (Título II, capítulo I, art. 5º, incisos 5, 9, 10, 14, 25, 27 e 28)²⁸.

Destarte, a marca da evolução dos tempos não se since apenas às maravilhas tecnológicas criadas pelo homem. Ela se reflete na qualidade de vida propriamente dita de cada indivíduo e sociedade, respaldada no viver com dignidade. A dignidade de se viver na plenitude dos seus direitos, fundamentais ou não. Assim, concomitantemente, os chamados direitos humanos também evoluem, na medida em que as pessoas individualmente ou em sociedades buscam o melhor para si (os desiguais lutam por igualdade social; os desabrigados e sem terras buscam abrigo e área rural para cultivar ou criar animais; e assim por diante). A respeito dispõe Friedrich Müller: “Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade.” (MÜLLER, 2010, p. 52).

3. A INTEGRAÇÃO NA ERA GLOBALIZADA

Grandes transformações no cenário mundial ocorreram nas últimas décadas, com os seguintes destaques: novas tecnologias, principalmente nas telecomunicações (telefones celulares, a Internet e suas redes sociais: FaceBook, Twitter, Orkut etc.); informática; formação de um novo quadro econômico no mundo (globalização dos mercados produtores, consumidores e financeiros); avanços científicos, com a biotecnologia e a engenharia genética; deixaram de existir fronteiras para o capital, os bens e os serviços. Trata-se da globalização, cada vez mais acentuada da expansão capitalista, com reflexos nas diferentes culturas e sociedades.

Contudo, a globalização é muito mais do que se produzir e vender bens de serviços em diferentes mercados internacionais, ou simplesmente fazer transações financeiras. Trata-se de uma mudança de paradigmas, que repercute em diferentes áreas da convivência humana, seja no âmbito cultural, social, econômico, político, jurídico, tecnológico etc. Em síntese, Raúl Granillo Ocampo assevera que a globalização se trata de um processo político que tende à integração das sociedades em uma

27 Op. cit., BOBBIO, 2004, p. 88.

28 Op. cit., WOLKMER, 2010, on line, p. 26.

comunidade mundial; se alimenta de direitos sócio-culturais (o avanço tecnológico e a revolução da comunicação), porém tem suas conseqüências radicais na ordem econômica, social, cultural e jurídico de todo o globo (OCAMPO, 2007, p. 35).

Uma das conseqüências negativas da globalização é o aumento das diferenças entre os países ricos e desenvolvidos (mais preparados para competir no mercado internacional) e os pobres subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento (menos preparados para competir no mercado internacional). E, visando se protegerem ou minimizarem tais efeitos sobre suas sociedades, os países optaram por uma estratégia de desenvolvimento econômico, por meio da integração uns com os outros. Foi o caso da União Europeia, do Mercosul e da Nafta. Dai surgiu o Direito de Integração.

Com efeito, podemos dizer que a caracterização do direito de Integração dá-se pela união de diferentes Estados, para os seguintes fins: fortalecer suas economias, favorecendo a formação de um mercado capaz de competir internacionalmente; permitir a assistência entre eles; alcançar o desenvolvimento social dos mesmos. Logo, diz-se materializado o direito de integração quando, existindo afinidade quanto a interesses econômicos, sociais e políticos, países independentes formam blocos econômicos para adquirir maior força competitiva no mercado internacional (NAZAR, 2007, p. 188).

Ressalte-se que não se confundem integração com cooperação, ou seja, comunidades regionais com organizações internacionais. "Estas buscam a cooperação dos Estados com um determinado fim, aquelas buscam a cooperação entre os Estados" (NAZZAR, 2007, p. 188). Diferem do ponto de vista quantitativo (as organizações internacionais implantam ações com fins de diminuir a discriminação, enquanto no processo integrativo das comunidades regionais adotam-se medidas conducentes para a supressão da discriminação) e qualitativo (na cooperação com as organizações internacionais cada país tem seus próprios objetivos que, caso de interesse comum com outro ou outros, cooperarão entre si. Diferentemente, a integração das comunidades regionais implica transformar os objetivos individuais dos Estados-membros em um só).

Ocorre que a integração só faz sentido quanto benéfica a todos os países envolvidos no processo, como assevera Raúl Ocampo:

Por ello sus beneficios y costos potenciales deben compararse con los de otras opciones de política y, en particular, con los de cualquier otra estrategia orientada a la exportación". [...] De ninguna manera puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar el mayor desarrollo económico y, por esta vía, contribuir al mayor bienestar general. (OCAMPO, 2007, p. 50).

Todavia, para formação de um bloco econômico não basta a simples associação dos países com os mesmos interesses. Uma verdadeira integração só é possível quando se assegure a aplicabilidade direta das normas produzidas por suas instituições, seja pela supranacionalidade ou pela intergovernabilidade, caso contrário a aplicação das referidas normas restariam prejudicadas em face da soberania dos países integrantes do bloco. No caso da supranacionalidade, como se deu com a União Europeia, os Estados-membros voluntariamente se subordinam aos órgãos supranacionais do bloco e, por conseqüência, as respectivas legislações internas dos países são adaptadas para atender o fim comum, um verdadeiro Direito Comunitário (há primazia das normas comunitárias sobre as dos Estados-membros nas matérias delegadas). Por seu turno, a exemplo do MERCOSUL, a intergovernabilidade tem como base o Direito

Internacional Público, não havendo delegação da soberania dos Estados-membro²⁹. Em suma, faz-se necessária a harmonização das legislações internas dos países integrantes dos blocos econômicos, a fim de se conceder efetividade às suas normas.

Tratando da harmonização legislativa interna dos países do Mercosul, notadamente com relação a Argentina, conclui Salerno:

Un mercado no es sólo un espacio económico a conquistar, también encierra un desafío cultural. En ese sentido, la reforma Constitucional de 1994 implica un compromiso y encierra un mandato: las generaciones actuales deberán establecer la armonía de las soluciones jurídicas en el plano académico y preparar las conciencias para amoldarse a los cambios que sobrevendrán. Como hace a su esencia, el derecho comunitario será el indicado para regular las conductas dentro de un marco de libertad. (SALERNO, 1998, p. 140-141).

Em se tratando dos direitos humanos propriamente ditos, as mudanças sociais não caminham por reflexo direto da globalização econômica. Por exemplo, não há como se imputar como efeito da globalização econômica o fato da Assembleia Geral da ONU haver aprovado em 2006 a Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, assinada junto ao seu Protocolo Facultativo, em Nova Iorque, em 30 de março de 2007³⁰, que o Brasil ratificou no dia 9 de julho de 2008, por intermédio do Decreto Legislativo n.º 186³¹ (grifo nosso). Independentemente, trata-se de evolução dos direitos do homem.

Por outro lado, ainda que os direitos humanos não se tratem de um fenômeno econômico, seus efeitos sobre as tradicionais concepções de soberania e Estado-nação atuam sinergeticamente com os processos de integração econômica.³²

Há uma consciência global da positivação da proteção aos direitos humanitários, que se convertem em um processo de jurisdição cada vez mais completo, como se verifica a partir da Convenção de Roma de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, acompanhado de normas tipificadoras de delitos, procedimentais de julgamento e de execuções penais. Logo, podemos dizer que na atualidade existe uma verdadeira integração em matéria de direitos humanos, mormente pela atuação de órgãos supranacionais, responsáveis pela aplicação dos direitos reconhecidos por tratados ou convenções, ou pelos princípios e costumes do direito internacional.³³ Aqui, vale a transcrição do pensamento de Raúl Ocampo:

El fenómeno de crecimiento de este derecho de la integración humanitaria, por otras vías y con un campo de acción totalmente independiente del fenómeno de la integración económica, también ha acelerado el proceso de globalización. (OCAMPO, 2007, p. 48).

Dentre outras consequências, a globalização contribuiu diretamente para as transformações sociais ora vivenciadas. Proporcionou maior interação entre as diferentes nações, seja do ponto de vista sócio-econômico, jurídico, cultural, financeiro, comercial ou tecnológico. Interação que avançou para o processo de integração regional, com destaque para a União Europeia e o Mercosul. Interação que nos

29 Ver: JORGE, Helena de Araújo. Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume3/arquivos_pdf/sumario/O%20Direito%20de%20Integra%E7%E3o%20e%20os%20B. Acesso em 30 de jun. 2012.

30 Ver: site da Organização das Nações Unidas. Disponível em <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 27 de jan. 2013.

31 Ver: Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423>. Acesso em 05 de jul. 2012.

32 Op. cit., OCAMPO, p. 46.

33 Op. cit., OCAMPO, p. 47.

permite compreender o porquê do Direito não poder ser simplesmente criado tal como um produto de laboratório, porquanto advindo da legitimidade de ação dos atores sociais e da permanente afirmação das necessidades humanas. Globalização e Integração Econômica que justificam a assertiva: " [...] o surgimento e a existência de direitos humanos recentes são exigências contínuas da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente." (WOLKMER, in RÚBIO, 2010, on line, p. 26).

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tudo começou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada por Assembleia Geral, Resolução 217, A, III, de 10 de dezembro de 1948. Dai outras normas de natureza protetivas ao ser humano foram adotadas, dentre as quais o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, ratificado e aderido pela Assembleia Geral, Resolução 2200, A, XXI, de 16 de dezembro de 1966³⁴, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, tratando de importantes disposições legais internacionais referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, tais como: o direito de se trabalhar em condições justas e favoráveis; à proteção social; a um nível de vida adequado, ao alcance dos níveis mais elevados de saúde física e mental; à educação; ao gozo dos benefícios da liberdade cultural e do progresso científico.³⁵

Objetivando 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, a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana CF. art. 1º, III).

A Constituição brasileira também declarou como fundamentais os seguintes direitos e garantias: o direito social ao trabalho (CF. art. 6º); a garantia contra a despedida arbitrária (CF., art. 7º, I); como seguridade social, a saúde (ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o trabalho – CF., art. 200 caput e inciso VIII) e a assistência social, com a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e da promoção de sua integração à vida comunitária (C. F. art. 203, IV).

As normas de caráter infraconstitucional, dispendo no mesmo sentido, também prevêm a proteção ao empregado e ao meio ambiente de trabalho (dispositivos da CLT, v. g. arts. 157, I, 165 e 168, III; legislação sobre segurança e saúde do trabalhador, Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.488/98, art. 2º).

Em conformidade com os fins do legislador constituinte brasileiro, esclarecidos no preâmbulo da Constituição Federal, a legislação internacional dispõe sobre a proteção ao trabalhador, inclusive no que tange à vedação da despedida imotivada (art. 4º da Convenção 158 da OIT). Entretanto o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, visando adotar os termos da Convenção 158 da OIT, que limita a despedida do empregado a motivos

34 Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em 27 de jan. 2013.

35 Vide a introdução do site do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, relativa ao "Comité dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-econ-soc-culturais.html>. Acesso em 27 de jan. 2013.

de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira da empresa (MSC-59/2008), foi rejeitado pelas comissões da Câmara dos Deputados Federais (vide Câmara dos Deputados Federais, 2012).

Por sua vez, a Constituição Nacional da Argentina, no seu art. 14, contempla os direitos sociais do indivíduo, em três partes: 1) direitos individuais do trabalho; 2) direitos coletivos do trabalho; 3) direitos da Seguridade Social. Assim, em suas diversas formas, o trabalhador gozará da proteção das leis, assegurando-lhes dentre outros direitos: condições dignas e equitativas de labor; limitação da jornada laboral; isonomia salarial para igual prestação de serviços e a proteção contra a despedida.

A Argentina assinou o pacto de San José de Costa Rica, em 02/02/1984, ratificou-o em 14/08/1984 e o depositou em 05/09/1984. Reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 05/09/1984. Posteriormente, quando da promulgação da Constituição de 1994, no seu art. 31, a Argentina elevou os tratados internacionais ao nível de lei. Não bastasse isso, em reconhecimento aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, a Argentina garantiu o respeito e bom trato dos presos, no art. 18 da Constituição, in verbis:

Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para el castigo de los acusados detenidos en ellas, y toda medida que bajo el pretexto de precaución conduzca a humillarlos más allá de lo que esto supone, será el responsable de la juez autorice.

Todavía, o que se entende por dignidade da pessoa humana, proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada e proclamada por sua Assembléia Geral, na Resolução 217, A, III, de 10 de dezembro de 1948?

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo De Plácido e Silva princípios significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. Revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Portanto, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Convertendo-se em perfeitos axiomas, constituem-se na razão de ser das coisas jurídicas. Logo, princípios jurídicos significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito. Compreendem os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estruturam o próprio Direito. E por servirem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos (Silva, 1991).

Sobre os denominados princípios gerais, Salerno³⁶ (1998, p. 148-150) leciona que a ciência jurídica se

36 Salerno sustenta que: "Mediante los principios, las normas muestran su intimidad, su "ratio legis" o causa. Es la realidad suprasensible donde todo encuentra explicación, como el horizonte máximo del saber. En ese nivel se aprecia el sentido del ordenamiento, y por vía de consecuencia, el significado de sus preceptos derivados. Para dar solución al caso concreto, es necesario alcanzar ese nivel superior, donde se determina el fin de la norma y su contenido.

La ciencia jurídica se estructura sobre la base de esas formulaciones, sin necesidad de que el legislador las haya incorporado de manera expresa al sistema en forma de una disposición específica [...]

Desde la antigüedad se vino advirtiendo la existencia de estas proposiciones. Así en el Digesto justinianeo pueden leerse ciertas fórmulas que aún hoy tienen vigor (Libro L. tit. XVII), como también las hay en Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, donde se menciona la regla expresa, dada "brevemente con palabras generales que demuestra ayn la cosa sobre que habla" (Partida Séptima Tit. XXXIV). Del punto de vista histórico se distinguen los principios auténticos, por estar consagrados en la ley, de los no auténticos o brocados, de origen doctrinario, cuya autoridad deberá ser justificada [...]

estrutura sobre a base dos princípios, sem a necessidade de que o legislador os tenha incorporado expressamente ao sistema em forma de uma disposição específica. Acrescenta que do ponto de vista histórico se distingue os princípios autênticos, por estarem consagrados na lei, dos não autênticos ou brocados, de origem doutrinária, cuja aplicabilidade deverá ser justificada. Esclarece haver duas categorias de princípios gerais: uma correspondente ao âmbito ético, de caráter transcendente, sobrepondo-se ao ordenamento jurídico, firmando um juízo de valor sobre a conduta humana, tendo um grau superior, pois sustenta o sistema jurídico (é o que se dá, por exemplo, com o princípio da dignidade da pessoa humana em foco); a outra é devido a razões técnicas, de natureza variável, dado ao fundamento racional de alguma instituição segundo sua origem, que pode surgir de um exercício de lógica. E, segundo sua natureza e alcance, os princípios se encontram hierarquicamente dispostos, de acordo com a sua maior ou menor importância.

Claro está que princípios e regras não se confundem. É a lição de Gustavo Zagrebelsky:

[...] as regras nos fornecem o critério de nossas ações, dizendo como devemos ou não devemos nos comportar, como podemos agir em situações específicas, de acordo com a estipulação prevista no seu conteúdo. Os princípios não dizem como os cidadãos devem se comportar de forma direta – eles apenas fornecem critérios para o posicionamento em situações a priori indeterminadas. As regras podem ser aplicadas mecanicamente, mas os princípios não: diante de cada caso específico, deve ser mensurada a carga valorativa presente em seu conteúdo. (AGRA, 2006, p. 75).

Tal distinção revela-se de suma importância para o nosso estudo, especialmente porque as legislações visam a atender ao princípio da dignidade da pessoa humana. Cite-se como exemplo as regras mínimas de tratamento ao trabalho dos presos, instituídas pela ONU, e aquelas previstas nos artigos 106/132 da Lei nº 24.660, de 19 de julho de 1996 (Lei argentina de execução da pena privativa de liberdade).

Voltando aos princípios fundamentais propriamente ditos, Agra³⁷ (2006, p. 76) os destaca como os mais importantes do ordenamento jurídico porque formam a base da Constituição. Núcleos jurídicos que serão desenvolvidos pelas demais normas ao longo da Constituição. E, apesar da mesma natureza das demais normas jurídicas, com o mesmo tipo de eficácia, os princípios fundamentais apresentam a peculiaridade de servir com mais intensidade como instrumento hermenêutico na interpretação do sistema jurídico, com uma função semelhante à desempenhada pelo preâmbulo constitucional. Funcionam, pois, como estruturas para a integração das normas no sistema constitucional. Daí serem fundamentais, exercendo a função de ligação entre os dispositivos da Constituição Federal, aumentando a eficácia do sistema.

Esto conduce a establecer dos categorías, donde una corresponde al ámbito ético, de carácter trascendente, ubicada por encima del orden normativo. Esta categoría encierra un juicio de valor sobre la conducta humana, y tiene un grado superior porque da sustento al sistema. La otra obedece a razones de técnica, de índole variable, dando el fundamento racional de alguna institución según su origen, a la que se puede acceder a través de un ejercicio de la lógica.

Del mismo modo, según su naturaleza y alcance, se encuentran ubicados jerárquicamente, de acuerdo a su mayor o menor importancia. En ocasiones se entrecruzan, porque una cuestión puede llegar a estar sometida a varias proposiciones diferentes, y hasta opuestas entre sí. Ello ocurre cuando un caso obedece a una regla específica que hace excepción a otra más amplia; entonces se suele emplear la máxima que dice: "la excepción confirma la regla", para no trastocar el principio genérico de un enunciado relativo." (Salerno, Marcelo Urbano. Derecho civil profundizado. Buenos Aires: UMSA; Ciudad Argentina, 1998, p. 148-150).

37 Para Agra, "os princípios fundamentais apresentam uma densidade de legitimidade muito mais intensa do que a maioria das normas contidas na Constituição, em razão de que possibilitam um consenso nos diversos setores da sociedade. São normas que gozam de tamanho assentimento no universo jurídico que não há obstáculos à sua concretização, ao menos no plano teórico. Como são princípios fundamentais, em caso de aparente antinomia com outros princípios devem prevalecer em detrimento dos demais." (Agra, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76).

Outro exemplo de princípio de ordem fundamental é o da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal do Brasil. Por sua vez, a Constituição da Argentina não admite prerrogativas de sangue ou de nascimento. Todos são iguais perante a lei, não sendo admitida para fins de ingresso no emprego outra condição que não a idoneidade (art. 16), sendo garantida igual remuneração para igual trabalho (art. 14).

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana a Constituição da Nação Argentina dele tratou no artigo 36, listando um rol exemplificativo. Tal artigo estabelece os conceitos e princípios fundamentais que preservam a liberdade e a segurança das pessoas. Mas também os seus artigos 14 e seguintes, que elevam o direito ao trabalho como uma garantia constitucional fundamental; o art. 15, que repudia a escravidão, prega o respeito à dignidade da pessoa humana; o art. 18 garante o respeito e o bom trato aos presos.

Entendendo princípios como ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas; como núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais, dispõe José Afonso da Silva sobre os princípios fundamentais: "traduzem-se em normas fundamentais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, contêm as mesmas políticas fundamentais". E os princípios gerais do Direito Constitucional formariam "temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional". Assevera que os princípios fundamentais têm a função ordenadora, com ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. Aduz que "a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema." (Silva, 2012).

A doutrina contemporânea tem destacado a importância dos princípios como instrumento dimensionador da compreensão e da aplicação do direito. A decorrência de tal posicionamento se justifica pela descoberta de que há uma tendência por aqueles que se dedicam, unicamente, a aplicar o Direito e não considerá-los com o grau de importância que eles têm na fixação do entendimento e do raio de ação da norma. A par disto, o fato é que, no âmbito jurídico, o valor dos princípios gerais e específicos tem sido evidenciado pelos mais renomados doutrinadores. Como exemplo, cite-se Norberto Bobbio³⁸ (1989), em sua obra "Teoria do Ordenamento Jurídico", ao dedicar todo um capítulo para explicar a importância dos princípios gerais de direito como fator determinante da completude do ordenamento jurídico.

38 Ao explicar o seu entendimento sobre a relevância dos princípios, Norberto Bobbio pontua: "Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normais. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que serem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?" (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1989, p. 158-159).

Em outra passagem, corroborando o seu ponto de vista e reafirmando os seus defeitos, completa: "Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema." (BOBBIO, 1989, p. 159).

Ávila (2004, p. 78), ao fazer uma comparação entre regras e princípios e destacar a eficácia destes, postula que, enquanto as normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente para definir o seu sentido e o seu valor, os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que se refere a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Nessa esteira, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

Na concepção do jurista português Antônio Menezes Cordeiro (apud GUIMARÃES, 2003, p. 85), princípio traduz um sentido do Direito, um vetor que informa o conteúdo das normas, de modo a orientar o legislador e o intérprete, que em determinadas condições também pode ser aplicado diretamente a casos concretos. Afirma também que o princípio induz-se de fontes e normas pela construção e sistematização científicas.

Logo, os princípios jurídicos referem-se ao ponto de partida de toda e qualquer interpretação, permitindo melhor compreensão do sistema jurídico. Eles podem surgir de modo implícito no Direito, quando não são expressamente previstos pelo ordenamento jurídico, e nesse caso, observa-se que tanto os princípios expressos como os não expressos possuem a mesma importância dentro do sistema jurídico. Por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) consagrou os direitos e garantias fundamentais, que consistem em normas de aplicação imediata (inteligência do § 1º, art. 5º da CF).

Com base na ordem histórica cronológica em que os direitos fundamentais passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, a moderna doutrina os classifica em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, ou dimensões.

São de primeira dimensão os direitos civis e políticos relacionados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Dizem respeito à individualidade, atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis. Têm especificidade de direitos negativos, por serem de defesa, estabelecidos contra o Estado. Surgiram ao longo dos séculos XVIII e XIX³⁹, marcados pelo iluminismo.

Os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão referem-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século XX. Conforme analisou Themístocles Brandão Cavalcanti⁴⁰, em sua obra "Princípios gerais de direito público" (MORAES, 1999, p. 45, apud 1966, p. 202). Direitos "fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam a garantia e a concessão a todos os indivíduos por parte do poder público." (WOLDMER, 2010, on line, p. 16).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, direitos metaindividuais, que abarcam o direito do consumidor, o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, das minorias (étnicas, religiosas, sexuais), direitos de gênero - dignidade da mulher, subjetividade feminina,

39 Op. cit., WOLDMER, 2010, on line, p. 15.

40 "[...] o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc." Princípios gerais de direito públicos" (1966, p. 202, apud MORAES, 1999, p. 45).

direitos da criança, direitos do idoso (terceira idade), os direitos dos deficientes físicos e mentais, os novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra e à imagem), sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso, como bem assinala José Marcelo Vigliar (1997, p. 42). Segundo Wolkmer,

a nota caracterizadora desses direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público nem no privado. (Wolkmer, 2010, on line, p. 17).

Na visão de outros doutrinadores como Celso Lafer (1988, apud MORAES, 1999, p. 46), esses mesmos direitos classificam-se em quatro dimensões, sendo que os direitos de terceira e quarta dimensões transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular, recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais. São os direitos da Bioética, ligados à vida do homem, concernentes à biotecnologia, à regulação da engenharia genética (clonagem), como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, contracepção e outros⁴¹. Surgidos no final do século XX, são os direitos que apresentam novas exigências, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 25-26.). Têm como fundamentos legais: o Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), Lei Brasileira da Biossegurança (nº 8.974), de 05/01/1995, e Lei de Doação de Órgãos (nº 9.434), de 04/02/1997.

Ao comentar sobre a natureza dos direitos humanos fundamentais, José Afonso da Silva (2001, p. 183) explica que se trata de situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Daí o pensamento da filósofa alemã Hannah Arendt⁴² quanto à necessidade da intervenção do Estado para regular a vida em sociedade. E é exatamente o que se dá, *verbi gratia*, quanto ao trabalho de reclusos. Afinal, sem a intervenção do Estado não haveria como se organizar e por em prática as regras da ONU quanto ao trabalho dos presos, nem garantir-lhes tal direito, a exemplo do previsto no art. 14 c/c. o art. 18 da Constituição da Nação Argentina⁴³.

Os direitos humanos não são estáticos. E, tal como o Direito, os direitos humanos evoluem com a sociedade, de modo que hoje suplantam as regras previstas na Declaração Universal da ONU de 1948.

A respeito, adotamos a definição de Alexandre de Moraes, para quem a dignidade consiste em

um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam

41 Op. cit., WOLKMER, 2010, on line, p. 19.

42 Para Hannah Arendt “com a perda da esfera pública os homens tornam-se seres inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes. O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só lhe permite uma perspectiva” (1999, p. 67).

43 Todos los habitant

ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAIS, 1999, p. 60).

Assim, o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, surgem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana. Também nesse sentido é como Suárez⁴⁴ e Vizcarra definem a dignidade humana.

Resumindo, os direitos humanos são aqueles relativos à dignidade da pessoa humana, portanto, imprescritíveis, podendo ser arguido a qualquer tempo, com a finalidade de se concretizar. E segundo o magistério de Rafael Barreto (Barreto, 2012, p. 1), se diz direitos humanos para se referir a direitos positivados na ordem internacional, enquanto direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na ordem interna do Estado.

CONCLUSÃO

As regras de convivência em sociedade foram se tornando cada vez mais complexas, acompanhando o desenvolvimento sócio econômico dos povos⁴⁵, exigindo mudanças de toda ordem.

Hoje não existem fronteiras entre países, especialmente após o advento da Internet, que permite a troca de informações entre os diferentes povos e nações, sejam de ordem cultural, social, política, econômica, tecnologia ou científica. Naturalmente, isso leva a novas descobertas, mas tudo em prol de uma melhor qualidade de vida dos seres humanos, que elegeram o consumismo como modelo ideal, criando uma espécie de ciclo vicioso, em que quanto mais se tem mais se quer, mesmo que o custo disso tudo seja a degradação dos recursos naturais do planeta. E a ciência, antes vista como a saída para todos os problemas sociais, porque transformada em uma força produtiva, parece haver deixado de se emancipar, estando limitada ao ideal do lucro⁴⁶, ou como bem explicado por Boaventura Santos, desistiu da idéia de progredir sem o capitalismo⁴⁷. Essa é a causa de toda a incerteza quanto ao futuro da humanidade, pois a ciência não encontra uma saída. É o fato da "teoria moderna não reconhecer que a razão que critica não pode ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável" (SANTOS, 2002, p. 29).

No Brasil, por exemplo, a maioria das habitações tem televisão,⁴⁸ não obstante seja público e

44 "La dignidad es la razón de ser de los derechos humanos y dado que todas las personas son portadoras de dignidad, es necesario concluir que todas las personas son titulares de derechos humanos. Si la dignidad forma parte de la naturaleza humana y fundamenta los derechos humanos, es de fuerza concluir que persona, dignidad e titularidad de derechos forman una unidad indivisible." (CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego. Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Buenos Aires: Euros Editores S. R. L., 2010, p. 3).

45 As formas de conduta, os costumes e os valores da vida em sociedade precisavam de uma padronização, de modo a identificar aquele povo. Daí a necessidade de se impor regras, de modo a assegurar a ordem social, de modo a prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas.

46 No mundo contemporâneo tudo visa o lucro. As pesquisas para criar novos remédios, por exemplo, só se tornam interessantes a partir de um estudo positivo do resultado das vendas daqueles. O mesmo se diga quanto às novas tecnologias, a exemplo do "FaceBook", que interliga pessoas de todo o mundo, e hoje se desenvolve visando lucros bilionários, por sua indiscutível capacidade de difundir o comércio eletrônico dos mais variados produtos.

47 Ver SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, 1 v, p. 117).

48 Uma pesquisa sobre posse de equipamentos e hábitos de consumo de energia, divulgada em 18/04/2007 pelo Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel), da Eletrobrás, revelou que a TV está em 97,1% das casas brasileiras, com uma média de 1,41 aparelhos por residência, ou seja, em vários domicílios há mais de uma TV (vide Globo.com, 2012, on line).

notório que muitas vezes seus habitantes não tenham condições financeiras para satisfazer suas necessidades básicas.

Não se trata de uma crítica ao capitalismo, mas ao fato de até o momento não havermos vislumbrado algo melhor para substituí-lo, como bem explica Boaventura Santos, ao discorrer sobre a teoria pós-moderna:

Tal como a modernidade se transformou num paradigma sócio cultural antes do triunfo do capitalismo, imagino estar a surgir um novo paradigma epistemológico e sócio-cultural, embora não se descortine, por enquanto, qualquer transição para lá do capitalismo. Abandonado a si próprio, o capitalismo, enquanto hegemônico modo de produção, não admite outra transição, a não ser aquela que conduz a mais capitalismo. (Santos, 2002, p. 117).

O certo é que os governos mundiais insistem em manter as chamadas políticas econômicas neoliberais⁴⁹ à frente do processo de globalização, ao invés de torná-lo mais democrático, ouvindo não só os economistas, mas também outros profissionais e as sociedades envolvidas no processo. Agem como se a globalização se restringisse aos aspectos de ordem econômica e os demais (jurídicos, sociais, tecnológicos etc.) fossem meras consequências daquele, renegados a segundo plano. A respeito, escreveu Calmom de Passos:

A economia continua a ser central para qualquer análise, [...], precisamente porque é inegável seu impacto de amplo alcance sobre as sociedades humanas contemporâneas, um fato que a qualifica como a mais forte e mais poderosa de todas as chamadas ciências sociais, sendo apenas lamentável que os economistas tenham fechado seus ouvidos para as falas de outros profissionais e para as mensagens das pessoas comuns, tanto as expressas como as não expressas. A linha do pensamento econômico moderno [...] tem sido a de simplificar o mundo até a um nível que faz com que qualquer tipo de afirmação seja quase que incontroversa e amplamente aceitável dentro da estrutura de uma racionalidade superior. (PASSOS, apud Gabriele Muzio, in LEÃO e FILHO, 2002, p. 129-130).

A procura pela paz, segurança e democracia cingem esforços pela promoção e proteção universal de direitos humanos, na busca de Estados que respeitem a dignidade da pessoa humana, conforme aludiu Taís Nader Marta⁵⁰, afirmando que as principais dimensões da internacionalização daqueles direitos são:

49 A partir da crise econômica mundial provocada pela elevação do preço do petróleo, em 1973, críticos do modelo econômico da época, destacando-se o austríaco Friedrich August von Hayek e o norte-americano Milton Friedman (ganhadores do Prêmio Nobel de economia, respectivamente em 1974 e 1976), afirmavam que a proteção social oferecida pelos Estados atentava contra a liberdade dos cidadãos e à livre concorrência, base da prosperidade geral. E, como solução dos problemas econômicos defenderam a implantação do seguinte conjunto de idéias (o neoliberalismo): mínima participação estatal nos rumos da economia de um país; pouca intervenção do governo no mercado de trabalho; política de privatização de empresas estatais; livre circulação de capitais internacionais e ênfase na globalização; abertura da economia para a entrada de multinacionais; adoção de medidas contra o protecionismo econômico; desburocratização do estado: leis e regras econômicas mais simplificadas para facilitar o funcionamento das atividades econômicas; diminuição do tamanho do estado, tornando-o mais eficiente; posição contrária aos impostos e tributos excessivos; aumento da produção, como objetivo básico para atingir o desenvolvimento econômico; contra o controle de preços dos produtos e serviços por parte do estado, ou seja, a lei da oferta e demanda é suficiente para regular os preços; a base da economia deve ser formada por empresas privadas; defesa dos princípios econômicos do capitalismo (vide NEOLIBERALISMO, 2012, on line).

Os neoliberais, tais quais os liberais clássicos, na visão de Leo Huberman, também “acreditam que a vida econômica resulta da livre iniciativa dos indivíduos movidos pelos seus interesses e que a mola-mestra da economia é o mecanismo de preços.” Aduz que a diferença entre o liberalismo e o neoliberalismo, e que justifica o acréscimo do prefixo “neo” a esse último deve-se à idéia de que o livre mercado só é viável ante uma forte atuação do Estado (vide Huberman, 2010, p. 275-276).

50 Ver: MARTA, Taís Nader, dispondo sobre A Proteção às Pessoas com Deficiência no Direito Comparado, in FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coordenadores). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 454).

- a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados etc.);
- b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los;
- c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações;
- d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial. (MARTA, Taís Nader, apud Dimitri Dimolis e Leonardo Martins, dispendo sobre A Proteção às Pessoas com Deficiência no Direito Comparado, in FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coordenadores). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 454).

Mudanças econômicas, políticas, sociais e jurídicas sempre existiram e existirão. E, em se tratando dos direitos humanos propriamente ditos, como vimos, desde os primórdios até a era globalizada, eles não serão alcançados senão mediante lutas contra os regimes opressores e antidemocráticos. É o que colhemos da lição de Joaquim Herrera Flores, ao tratar dos direitos humanos no contexto da globalização:

[...] derechos humanos, no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstractas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrático del neoliberalismo globalizado. (FLORES, 2010 p. 109, on line).

Então, nesse conflito entre os velhos e novos paradigmas, os que esperamos de nós mesmos? Vivemos o contrato social definido por Rousseau, em que o Estado surge da associação entre indivíduos para se criar uma sociedade, e não uma forma de submissão? Ou nos deixamos levar, permitindo que os Estados, quando da aplicação das políticas neoliberais, divirtuem o sentido do "contrato social de Rousseau", dando novo sentido ao mesmo, de modo que o povo viva para servir ao Estado, ao invés desse existir para servir e proteger o povo? Voltaremos ao ponto inicial, tendo que lutar por direitos que entendíamos consolidados? Penso que a preservação e a ampliação dos direitos fundamentais seja a saída para todos problemas da sociedade da era globalizada, tal como disse Celso Lafer, na apresentação do livro A Era dos Direitos, sobre o entendimento de Norberto Bobbio para que os homens garantam a paz e a sobrevivência:

Como construir a paz com a colaboração da razão? Para Bobbio, mediante o nexo entre a paz e os direitos humanos que instauram a perspectiva dos governados e da cidadania como princípios da governança democrática. É promovendo e garantido os direitos humanos -- o direito à vida; os direitos às liberdades fundamentais; os direitos sociais que asseguram a sobrevivência -- que se enfrentam as tensões que levam à guerra e ao terrorismo. Este é o caminho para o único salto qualitativo na História que Bobbio identifica como sendo o da passagem do reino da violência para o da não-violência (LAFER, Celso, in BOBBIO, 2004, p. 4).

O que não se pode perder de vista é a finalidade maior dessas mudanças (ideais), isto é, o bem estar das diferentes sociedades envolvidas nesses processos transformatórios, o bem estar de cada indivíduo e o atendimento das suas necessidades, permitindo-lhes viver dignamente, sabendo-se que o direito de um termina quando começa o do outro. Afinal, sempre foi a busca por tais ideais que levaram a humanidade a evoluir como um todo e, conseqüentemente, criar modelos econômicos e políticos, e não esses que permitiram a evolução daqueles. Sim, pois não pode a criatura sobrepujar ao criador, sob pena daquela perder a sua importância no mundo. Logo, modelos econômicos e políticos existem para beneficiar, servir às sociedades e aos seus indivíduos, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ACTION INSTITUTE. **Religion & Liberty**. Disponível em: <http://www.acton.org/pt/pub/religion-liberty/anne-robert-jacques-turgot-pt-br>. Acesso em 05 de jul. 2012.

ÁGORA, Alter. **Revista do Curso de Direito da UFSC**. Florianópolis, n° 01. Maio 1994, p. 42-47.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALBUQUERQUE, Hugo. **O que disparou a Revolução Jasmim**. Disponível em: <http://www.outraspalavras.net/2011/01/22/o-que-disparou-a-revolucao-do-jasmim/>. Acesso em 09 de jul. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos, 1ª fase**. Coleção OAB, Vol. 12. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BÍBLIA SAGRADA. 123ª ed. São Paulo: Editora Ave Maria, 1999. Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423>. Acesso em 05 de jul. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, n° 57, dez. 2008, p. 131-152. Disponível em: journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/14951/13642. Acesso em 01 de jul. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>. Acesso em 27 de jun. 2012.

CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego. **Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones**. Buenos Aires: Euros Editores S. R. L., 2010.

CLT Saraiva e Constituição Federal. 38ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 09 de jun. 2012.

Constitucion de la Nacion Argentina, de 22 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em 07 de jul. de 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 18 de jun. 2012.

ESCOLA GLOBALIZADA. **Afinal, o que é Primavera Árabe?** Disponível em: <http://coladaescola.blogspot.com.br/2011/10/afinal-o-que-e-primavera-arabe.html>. Acesso em 08 de jul. 2012.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coordenadores). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GLOBO.com. Disponível em: http://gi.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL23738-9356,000.htm.

Acesso em 30 de jun. 2012.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTr, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem: do Feudalismo ao Século XXI**. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Ley 24.660). Disponível em: <http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/91200/437821/...> Acesso em 16 de jul. 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf

Acesso em 02 de jun. 2012.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Atlas, 1999.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico e o Contrato de Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

NEOLIBERALISMO. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/geografia/neoliberalismo.htm>

Ocampo, Raúl Granillo. **Derecho público de la integración**. Ciudad de Buenos Aires: Editorial, ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2007).

ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/detent/civpot_p.htm. Acesso em 27 de fev. 2012.

_____Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em 27 de jan. 2012.

_____Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/geral/ProtPactoDirCivPoliticos.htm. Acesso em 27 de mar. 2012.

_____ **Resolução 1984/47. Regras Mínimas da ONU Para o Tratamento de Prisioneiros**.

Disponível em: http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/07_Regras_minimas_Tratamento_Prisioneiros.pdf. Acesso em 16 de jul 2012.

RÚBIO, David Sánches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (organizadores). **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. Anuário Íbero-ameriano de Direitos Humanos (2003/2004). 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. Acesso em 10 de jul. 2012.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

SALERNO, Marcelo Urbano. **Derecho civil profundizado**. Buenos Aires: UMSA ; Ciudad Argentina, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, 1 v.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11ª ed. Vols. II e III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Resumo de Direito Constitucional: Curso de Direito Constitucional**. Disponível

em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8ZAzMpipBgMJ:intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/cons-Curso_Direito_Constitucional_Afonso.doc. Acesso em 10 de julho de 2012.

VIGLIAR, José Marcelo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1997.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, 2 ed.

WIKPÉDIA, a enciclopédia livre. **Revolta na Síria em 2011-2012**. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolta_na_S%C3%ADria_em_2011-2012. Acesso em 06 de julho de 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). **Fundamentos de História do Direito**. São Paulo: Ed. Delry Ltda, 2006.

DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NO BRASIL

Antonia Camargo de Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduada em Direito Público e Privado.

Marcio André Conde Martins

Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Direito Privado e Processo Civil pela UGF, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Resumo: Com a visibilidade das demandas políticas de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBTs) e a conquista de direitos dessa população no Brasil, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero tem “saído do armário”. Antes considerada uma prática velada e tolerada, esse tipo de discriminação tem chegado com frequência ao judiciário brasileiro, especialmente na área trabalhista. Trata-se de um fenômeno de elevada importância no contexto atual, no qual os direitos de LGBTs têm recebido proteção no plano internacional, regional e nacional. Este trabalho discorre acerca do contexto jurídico da situação de LGBTs no Brasil, enumerando e analisando o arcabouço normativo de proteção contra esse tipo de discriminação no âmbito nacional e internacional, bem como a interpretação dessas normas nas cortes constitucionais e de Direitos Humanos. Em seguida, passa-se à análise de uma série de decisões recentes dos tribunais trabalhistas de todo o país. A jurisprudência analisada foca-se, principalmente, na questão do dano moral decorrente de práticas homofóbicas

de empregadores, chefes e colegas de trabalho, demanda mais comumente enfrentada nessa área da justiça. Por meio dessa jurisprudência, tenta-se traçar um diagnóstico de como o Judiciário trabalhista vem lidando com a questão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Palavras-chave: Discriminação. Orientação sexual. Identidade de gênero. Relações de trabalho. Direito do trabalho. Dispensa discriminatória.

1. DISCRIMINAÇÃO: ESPÉCIES E MANIFESTAÇÕES

Para efeitos teóricos, segundo Rios, a primeira distinção que devemos fazer é entre preconceito e discriminação. Enquanto o primeiro designa as concepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, a segunda denota a materialização de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito.

O Direito, tanto no plano legislativo como no judicial, vem se focando em uma atuação contra a discriminação nas relações sociais, enfrentando mais os efeitos do preconceito do que o preconceito em si. Essa discriminação, por sua vez, tem várias nuances, podendo tomar a forma de violência, física ou não. Esta primeira engloba, além do homicídio e do latrocínio, lesões corporais, estupro etc. Já a segunda forma consiste, principalmente, no não-reconhecimento e na injúria, materializados no ostracismo social, nos insultos que fazem parte do cotidiano dos LGBT.

As expressões da homofobia também podem ser intencionais ou não, ou, nas palavras de Rios, diretas ou indiretas. As diretas podem ser classificadas em: explícita ou de manifestação, na aplicação de medida e na elaboração de medida.

A discriminação indireta reproduz o parâmetro da heterossexualidade hegemônica como norma social e cultural, focando-se na “normalidade” da discriminação, baseada num padrão heterossexista. Rios também a chama de discriminação institucional, pois as instituições sociais nos são postas sem uma prévia e sistemática discussão, estando a heterossexualidade em uma posição privilegiada na construção destas instituições.

2. A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1. Plano internacional

Há muito tempo a discriminação dentro das relações de trabalho consta de documentos internacionais e estudos sobre o tema. Deve ser dado destaque à atuação da Organização Internacional do Trabalho através da Convenção n° 111 do ano de 1960, a qual prevê em seu texto o conceito e espécies de discriminação. Este documento não trazia em seu rol, expressamente, a questão da sexualidade ou da orientação sexual, entretanto, trouxe cláusula aberta (“qualquer outra distinção”).

Recentemente, relatório desta entidade foi publicado, abordando mais especificamente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e retratando uma situação de violação constante aos direitos fundamentais deste segmento social, bem como dificuldades especificamente relacionadas ao trabalho, como a parca oferta de empregos formais e o tratamento discriminatório em local de trabalho. Traz-se a colação parte do relatório, relativa à discriminação acima explicitada:

“As violações dos direitos humanos das pessoas lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais (LGBT) incluem violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceitos. Isto é particularmente verdadeiro em países onde a homossexualidade é criminalizada. Entretanto, este grupo, na maioria dos países, depara-se com barreiras no acesso ao emprego ou no local de trabalho. Alguns estudos identificaram a discriminação como sendo responsável pela diferença salarial, de 3 % e 30 %, entre trabalhadores homossexuais e heterossexuais. Um estudo realizado no Reino Unido, baseado em dados do Inquérito à Força de Trabalho, concluiu que os homens homossexuais recebiam, em média, cerca de menos 5 % que os seus homólogos heterossexuais.

(...)

A saúde e o bem-estar dos trabalhadores LGBT que se isolam devido ao medo de discriminação podem ser afetados negativamente, reduzindo a sua produtividade no local de trabalho. As empresas que despedem trabalhadores devido à sua orientação sexual, real ou presumida, podem também perder competências e desperdiçar recursos no recrutamento e formação de novos trabalhadores.” (grifo nosso)

Tecendo considerações acerca da mencionada Convenção da OIT, cumpre transcrever as palavras do emérito Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Dr. Alexandre Agra Belmonte, quanto à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero:

“Essa necessidade de coibir as despedidas abusivas, que independem da garantia de emprego, está clara em vários julgados, a saber:

(...)

- nos que, com fundamento na Convenção n° 111 da OIT e na Lei n° 9.029/95, para evitar ou corrigir os efeitos das despedidas discriminatórias, nulificam ou deferem indenização aos trabalhadores despedidos por motivos de raça, cor ou etnia, sexo, orientação sexual, idade, aparência e doenças como as do vírus de HIV, sem prejuízo do fundamento complementar, de que a conservação do emprego é inclusive necessária para efeito de obtenção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, e da composição dos danos materiais e morais experimentados pelo trabalhador.” (grifo nosso)

Já no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA verifica-se a existência de documentos importantes sobre o tema. Em 3 de junho de 2008 esta entidade, em sua Assembleia Geral Ordinária adotou a Resolução 2435, expressando preocupação quanto à violência motivada pela orientação sexual ou diversidade de gênero e colocando este tópico na agenda da organização. A mesma questão foi tratada na Resolução 2504 de 2009, utilizando um tom mais duro em relação às violências contra a população LGBT e acrescentando outras recomendações aos Estados que a compõe:

“RESOLVE:

- Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero
- Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentam as consequências perante a justiça.
- Instar os Estados a assegurar uma proteção adequada aos defensores de direitos humanos que trabalham com a questão dos atos de violência e das violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Solicitar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos demais órgãos, organismos e entidades do Sistema Interamericano que continuem prestando atenção adequada ao tema.
- Reiterar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) que inclua em sua agenda, antes do Quadragésimo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”.
- Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembleia Geral, no Quadragésimo Período Ordinário de Sessões, sobre a implementação dos mandatos constantes desta resolução, cuja execução estará sujeita à disponibilidade de recursos financeiros alocados no orçamento-programa da Organização e de outros recursos.”

Deste modo, a preocupação com a discriminação, em todas as suas formas, por orientação sexual e identidade de gênero passou a ser tópico de discussão permanente e de estudo pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos – CAJP, estando previsto que esta detém mandato quanto ao previsto na “AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”

Por fim, há que se destacar ainda a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Atala Riffo y niños Vs. Chile”, cuja sentença foi proferida no presente ano. No caso em tela, o Poder Judiciário daquele país se pronunciou em última instância pela outorga da guarda das duas filhas de um casal ao pai, entendendo que, por ser a mãe lésbica, aquele seria o mais indicado a educar as crianças. A Corte internacional entendeu pela responsabilidade internacional da República do Chile devido à violação intencional do art. 24 da Convenção Americana, atribuindo-se tratamento discriminatório à parte por sua orientação sexual, conforme se pode depreender dos trechos abaixo transcritos:

“En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido¹¹⁴. []

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana.”

A Corte, apesar de afirmar a importância do direito à vida privada e à vida familiar, assim como a necessidade de serem ouvidas as filhas do casal, não se pronunciou acerca da guarda, entendendo que se o fizesse agiria como 4^a instância. A condenação internacional do país levou ainda à fixação de indenização em favor da Sra. Atala pelos danos morais e materiais sofridos (quantificando o montante), além da imposição de obrigações ao Estado, tais como ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional e assistência médica e psicológica às vítimas, consoante o abaixo transcrito:

“La jurisprudencia internacional y, en particular, de la Corte Interamericana, há establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación²⁷². No obstante, considerando las circunstancias del presente caso, y las afectaciones a las víctimas derivadas de las violaciones de los artículos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, declaradas en perjuicio de la señora Atala y las niñas M., V. y R., la Corte estima pertinente

fijar algunas medidas de reparación según se explica en los siguientes apartados.

(...)

254. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos²⁷⁴, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. []

(...)

263. La Corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos²⁷⁷. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. []”

Já no âmbito do MERCOSUL destaca-se a elaboração da Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998 e da previsão, já em seu art. 1º do repúdio à discriminação, especificamente mencionando aquela por orientação sexual. Outro fato digno de nota é a aprovação de declaração conjunta de repúdio aos atos de violência contra a população LGBT pela 21ª Reunião das Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados – RAADH, realizada em Buenos Aires em março do corrente ano..

2.2. Plano nacional

Se no plano internacional ainda há escassez de material protetivo, no plano do direito interno o panorama é peculiar. Nos últimos anos houve um incremento na produção legislativa municipal e estadual voltada especificamente para o combate à discriminação por orientação sexual. O mesmo não se pode dizer no âmbito nacional, uma vez que a elaboração de normas federais e constitucionais sobre o tema, no mesmo período, foi praticamente nula.

A Constituição da República previu a igualdade entre homens e mulheres em geral (art 5º, I) e dentro da família (art. 226, §5º), além de proibir a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art.7º, XXX), não tutelando expressamente a orientação sexual. Não obstante esta omissão, não se pode dizer que a proteção contra a discriminação por orientação sexual não esteja contida em outros direitos fundamentais, permeando os princípios da Carta Magna.

Seguramente, o princípio que melhor abarca essa proteção é o da isonomia, pois se a lei deve tratar a todos de forma igual, o Estado agiria fora da lei se negasse aos homossexuais os mesmos direitos que concede aos heterossexuais. Outro direito que sem dúvida serve de arcabouço para a tutela da orientação sexual é a liberdade, uma vez que os indivíduos homossexuais têm o direito de expressar sua sexualidade da mesma forma e dentro dos mesmos limites que os heterossexuais.

Na seara legislativa cumpre mencionar a importância do PLC 122, também chamado Lei da homofobia. Este diploma tem uma abordagem abrangente quanto às formas de homofobia combatidas e, por isso, pode ser usado para se fazer uma classificação mais prática destas manifestações. Podem nele ser destacados os gêneros: discriminação pelo simples fato de ser homossexual; discriminação por atos homoafetivos; crimes preconceituosos; divulgação de ideias discriminatórias e preconceituosas.

Este projeto segue tendência já adotada em vários países e pela OIT. Como exemplo, podem ser citadas a Alteração de 2008 da Lei do Trabalho de Montenegro e a Lei Antidiscriminação de 2008 da Suécia.

Apesar das evoluções mencionadas e da necessidade de tratamento legislativo do tema, há muita resistência política em elencar a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero como

um motivo criminalmente relevante, como foi feito com a raça, a cor, a etnia, a procedência nacional, e, até mesmo, a religião, na Lei 7.716/1989. Outro motivo de alarme é a falta de efetividade do disposto na Lei 9.029/1995, a qual dispõe sobre despedida arbitrária e permite a reintegração de trabalhador demitido arbitrariamente (art. 4º).

Quanto à atuação do Poder Executivo, cabe estabelecer como marco importante na incorporação da questão da liberdade sexual no campo dos direitos humanos os Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH) do Governo Federal. Apesar de não se imporem como leis, eles fornecem diretrizes que devem orientar a produção de novas leis e programas governamentais. Em todos os programas, a questão da orientação sexual foi abordada como tema da ordem do dia, prevendo a adoção de políticas públicas e legislativas de combate à homofobia.

Dentro das competências deste Poder é também digna de nota a Portaria nº 41 do Ministério do Trabalho e Emprego, de 28 de março de 2007, a qual disciplinou o registro e a anotação da CTPS dos empregados, assim constando no seu art. 8º.

Já no que se refere ao Poder Judiciário brasileiro, aponta-se como verdadeiro “divisor de águas” as decisões do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a unidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, permitindo sua regulação pelas normas de união estável (ADI 4277 e ADPF 132). A partir destes julgados, a Corte Constitucional firmou o entendimento, de que os direitos à liberdade de orientação sexual e à livre constituição de família são direitos fundamentais protegidos pelo texto da Constituição. Por meio de brilhante exegese, entendeu o Ministro Relator que a expressão “sexo”, no caput do art. 5º da CF, deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo, não só a distinção homem e mulher, como a sexualidade como um todo (nossos grifos):

“(…) a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. (...) a própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF”. [inserir nota de rodapé] (VOTO: Min. Rel. Carlos Ayres de Brito, ADI nº 4277 e ADPF nº 132)

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (...) Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (...) O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.” (VOTO: Min. Rel. Carlos Ayres de Brito, ADI nº 4277 e ADPF nº 132. Julgamento conjunto em 05/05/2011)

Na esteira desta decisão houve ainda outra de grande importância, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1183378. Data de julgamento: 25/10/2011), entendendo pelo não impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

3. O TRATAMENTO DA QUESTÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA

Há muito, a Justiça do Trabalho interpreta como repugnante manifestações discriminatórias em relação à orientação sexual. De maneira pioneira, vem concedendo indenizações por danos morais a estes trabalhadores discriminados, sempre que a ofensa se encontra robustamente comprovada. Normalmente, são casos de ofensas proferidas pelo empregador ou por seu preposto no ambiente de

trabalho e as condenações se referem tanto a ofensas efetivamente proferidas por superior hierárquico, como à negligência do empregador em relação a atitudes homofóbicas de colegas.

Dano moral. Empregado submetido a constrangimentos e agressão física, em decorrência de sua orientação sexual, praticados por empregados outros no ambiente de trabalho e com a ciência da gerência da empresa demandada. Imputabilidade de culpa ao empregador. (TRT 10ª Região, 3ª Turma, RO 00919-2002-005-10-00-0, Juiz Relator Paulo Henrique Blair, j. 07/05/2003)

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Demonstrado que a reclamada deixou de zelar pela higiene no ambiente de trabalho, permitindo a prática de discriminação decorrente de orientação sexual de empregado seu e, até mesmo participando do ato, por intermédio de gerente, ficará obrigada a indenizar pelo ato ilícito. (TRT 18ª Região, Processo 1093200901218008 GO 01093-2009-012-18-00-8, Juíza Relatora Silene Aparecida Coelho, j. 2/12/2009)

Em acórdãos recentes, é possível encontrar linguagem mais técnica e adequada, e, até mesmo, têm-se construído raciocínios sofisticados sobre o direito à liberdade sexual. Em alguns casos, já é feita a exegese de que discriminação em razão de sexo abarca a orientação sexual (como, posteriormente, foi corroborado pelo STF), aplicando-se a lei de racismo por analogia e mesmo a Lei 9.029/1995, em alguns casos de dispensa arbitrária.

RECURSO ORDINÁRIO - 1. DANOS MORAIS. HOMOFOBIA . Há prova robusta de que o autor sofreu humilhações e constrangimentos homofóbicos, atentatórios ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Da omissão das reclamadas, quando era imperativo o exercício do poder diretivo, resulta sua responsabilidade pela contaminação do ambiente de trabalho pelo vírus da aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, atualmente equiparada aos demais preconceitos já contemplados na Lei nº. 7.716/89, que define o crime de racismo (do qual a homofobia é um subproduto) (TRT 2ª região, RO 1010200807802009 SP 01010-2008-078-02-00-9, Juíza Relatora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j. 13/04/2012)

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OPÇÃO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO. Nas relações de emprego, a discriminação decorrente da orientação sexual do empregado enquadra-se no conceito de discriminação por motivo de sexo-, uma vez que este - o sexo - não está restrito ao seu aspecto biológico (feminino ou masculino), mas abrange também a sua manifestação nas relações interpessoais. (TST, AIRR-7663/2006-034-12-40.5, Min. Relator Emmanoel Pereira)

DANO MORAL - INDENIZAÇÃO. (...) O Colegiado manteve a sentença monocrática que condenou a ré ao pagamento da indenização prevista na Lei nº 9.029/95, pela dispensa discriminatória em face da opção sexual da autora, além da indenização por danos morais, assim consignando na ementa (fl. 198) (TST, AIRR-7663/2006-034-12-40.5, Ministro Relator Emmanoel Pereira, j. 15/10/2008)

Contudo, normalmente é difícil ao autor provar nexos entre sua orientação sexual e sua demissão, sendo reconhecidas como provadas apenas as ofensas, gerando a indenização por dano moral. É comum também que o magistrado pergunte às testemunhas sobre o fato de outros LGBTs trabalharem na empresa, como forma de elidir o argumento da dispensa discriminatória:

A condenação por dano moral não está fundamentada em razão da despedida da autora, mas no ato discriminatório praticado pela síndica do condomínio réu e na responsabilidade do empregador pelos atos de seus prepostos. No caso dos autos, a única testemunha ouvida, Isabel Cristina dos Santos Wait, indicada pela autora e que trabalha como diarista no apartamento de um condômino, declara que viu a síndica conversando com outra moradora do prédio e referindo-se à autora como "essa machorra, ela tem que ir embora", (TRT 4ª Região, ROPS 00853-2008-005-04-00-7, Desembargador Relator Milton Varela Dutra, j. 19/03/2009)

Ressalta-se, ainda, que são escassas as decisões em ações coletivas, a fim de coibir discriminações

em determinada empresa ou profissão. Por esse motivo, percebe-se que atuação da Justiça do Trabalho é individualizada e reparadora; apesar de essencial, ela só atua em casos concretos, quando a discriminação já ocorreu. Essa falta, obviamente, não pode ser atribuída exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, haja vista serem inertes, mas também às entidades de classe, aos sindicatos e ao Ministério Público, responsáveis pela iniciativa dessas demandas.

Verifica-se outrossim que, mesmo quando proposta ação coletiva há muita cautela da Justiça do Trabalho no seu julgamento, como se depreende do caso abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. Discriminação sofrida por empregado, em decorrência de sua orientação sexual, praticada pelo seu superior imediato. (...) Ação civil pública, em que o Ministério Público do Trabalho pretende a adoção de medidas preventivas e de caráter educativo, (...) julgada improcedente. Sentença que se mantém, tendo em vista que o conteúdo dos autos demonstra tratar-se de um caso isolado de discriminação, praticado pelo chefe imediato do empregado, não refletindo a filosofia da empresa, o que se entende insuficiente para a condenação pretendida. Acresce-se a isso, o fato de não haver comprovação de a ré ter sido indiferente ou até mesmo conivente com a atitude de seu preposto, de discriminar subordinado. Recurso do Ministério Público do Trabalho não provido- (fl. 699). (TST, AIRR-1817/2001-231-04-40.1, Juiz Relator José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, j. 24/05/2006)

Ainda que com decisões acertadas (seja pelo deferimento ou pelo indeferimento), percebe-se muitas vezes a presença de um juízo de valor quanto à extensão do dano, como se, atualmente, não fosse extremamente importante a punição de atos homofóbicos por seu simbolismo. Ademais, muitos magistrados veem a orientação sexual como algo novo e delicado. Transparece, por isto, um receio de que todo LGBT possa alegar discriminação em caso de dispensa:

Consta no depoimento da primeira testemunha que o reclamante passou a ser ofendido constantemente, com os palavrões e referências à orientação sexual do mesmo desde 2002. O contrato de trabalho foi rescindido em abril de 2007 e não consta no processo que o autor tenha tomado qualquer providencia efetiva, durante o vínculo empregatício, para coibir esse tratamento. (...) Com isso, o autor suportou mais ou menos cinco anos desse tipo de tratamento. A ofensa não foi tão grave. O sofrimento moral não foi tanto. (...) É verdade que as palavras proferidas contra o reclamante são ofensivas ante o senso comum, mas a quantidade de sofrimento é de cada um. Fosse esse sofrimento tão intenso, não teria o autor suportado a situação por tanto tempo. (TRT 2ª Região, RO 01468200708602001, Juíz Relator Rovirso Aparecido Boldo, j. 14/10/2008)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - BANALIZAÇÃO. Não há como condenar o empregador ao pagamento da reparação pleiteada, se existe prova nos autos de que os comentários e gestos a respeito da opção sexual do autor não passaram de uma brincadeira. Do contrário, estar-se-ia banalizando o instituto do dano moral, cuja finalidade é garantir a recomposição do sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais da pessoa. (...) Denego seguimento ao apelo. (TST, AIRR-56/2005-002-03-40.8, Ministro Relator Caputo Bastos, j. 01/10/2008)

Ao empregador ou a seus prepostos é vedado adotar qualquer tipo de conduta discriminatória. No entanto, a orientação sexual do indivíduo não pode servir de pretexto para que, num eventual desentendimento no ambiente corporativo, desprovido de gravidade e ao qual qualquer trabalhador está sujeito, venha ser erigido como discriminação sexual. A configuração da discriminação com tal conotação deve ser aferida com base em elementos objetivos, e não apenas segundo a sensibilidade emocional da suposta vítima. (TRT 2ª Região, Processo 00853200805702007, Juíza Relatora Rosa Maria Zuccaro, j. 20/01/2010)

Sem dúvida, no entanto, o que chama mais atenção na análise da jurisprudência pátria é a apreciação das provas. Apesar de, em muitos casos, os acórdãos expressarem claramente que não há provas e que a oitiva das testemunhas não corroborou com as discriminações aduzidas, percebe-se que há uma minimização do depoimento de testemunhas dos reclamantes. Esta resistência em aceitar provas

não ocorre em relação a outras condutas que, por sua natureza, são extremamente difíceis de serem provadas, como assédio sexual e racismo. Os magistrados, diante de depoimentos contraditórios, têm optado por indeferir pedidos de dano moral, favorecendo a parte reclamada.

Em contrapartida, existem decisões acertadas de alguns magistrados os quais, no caso de condutas discriminatórias, adotam a inversão do ônus da prova ou a presunção da discriminação.

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

Dessa feita, não se há falar em violação ao art. 818 da CLT, ocorrendo inversão do ônus probatório, sendo este pertencente à reclamada, a qual dele não se desvencilhou. (...) Em precedente elucidativo (TST-RR-1404/2001-113-15-00.2), o Min. Lélío Bentes esclarece a orientação seguida por aquela Corte: "Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus HIV e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade.

Em igual sentido, o enunciado 2.III da I Jornada de Direito e Processo do Trabalho: "Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita". (...)

A reclamada não produziu prova alguma de que o motivo da dispensa era outro, presumindo-se discriminatória a despedida da reclamante." (TRT 20ª Região, EDecRO 01554-2007-001-20-00-6, Desembargadora Relatora Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira, j. 14/09/2009)

Outro fato relevante é a ausência de casos sobre transexualidade e identidade de gênero. Tal fato não é um alívio, pois pode se presumir que não existam, justamente, por estarem travestis e transexuais à margem do mercado de trabalho formal, sofrendo mais preconceito do que gays, lésbicas e bissexuais.

4. CONCLUSÃO

Através de amplas pesquisas pode-se constatar que há uma preocupação generalizada com o tema e o reconhecimento, pelo menos no plano teórico, do direito da população LGBT de ser protegida contra estes atos discriminatórios, seja em seara trabalhista ou em qualquer outro ramo do direito.

Contudo, há ainda influência política de peso barrando a elaboração de legislação mais clara e com sanções efetivas aos agressores, tanto em patamar constitucional, quanto no legal de alcance nacional. Neste mesmo sentido, observa-se um sentimento predominante de cautela e receio na concessão, em concreto, das medidas protetivas e reparadoras dos danos derivados de agressões, físicas e psicológicas, derivadas de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, ausente em casos semelhantes que versavam sobre temas afetos.

Por fim, comenta-se o posicionamento recente do STF e de alguns julgados encontrados, os quais deram a devida importância à matéria e reconheceram a situação de desigualdade de direitos e de instrumentos de prova, bem como o caráter pernicioso da perpetuação do abandono a um segmento da sociedade que, por não ser desigual em sua essencial, não deveria ser tratado com tal desigualdade.

REFERÊNCIAS

RIOS, Roger Raupp. **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 111. Genebra**. 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em 17 abr. 2012.

----- **Conferência Internacional do Trabalho, 100ª Sessão. Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo**. In: Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Reflexões sobre a Convenção n° 158 da OIT como norma regulamentadora da vedação às despedidas arbitrárias ou sem justa causa**. Rio de Janeiro: Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região, v. 20, n. 46, jan./dez. 2009.

Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. **Atas e Documentos: Volume I**. In: Trigésimo nono período ordinário de sessões. San Pedro Sula, 2009.

Organização dos Estados Americanos. **Plano de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos** (2009 – 2010). Disponível em <<http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/PlanTrabajo.asp>>. Acesso em 20 abr. 2012.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Atala Riffo y Ninãs Vs. Chile**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em 20 abr. 2012.

Mercado Comum do Sul. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL**. 1998. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/dec_mercosul.pdf>. Acesso em 20 abr 2012.

BRASIL. **Portaria n° 41 do Ministério do Trabalho e do Emprego** de 28 de março de 2007, disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/2007/41.htm>>. Acesso em 23 abr. 2012.

OS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO, TRABALHO ESCRAVO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO PENAL

GAMIL FOPPEL EL HIRECHE

Advogado. Doutor em Direito Penal Econômico (UFPE). Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para atualização do Código Penal. Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para atualização da Lei de Execuções Penais. Agraciado com a Medalha do Mérito Legislativo, outorgada pela Câmara dos Deputados, em 2011. Professor Adjunto da FDUFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito, da Escola da Magistratura da Bahia, Pernambuco e Espírito Santo. Professor da Escola Superior da Advocacia em São Paulo e Pernambuco.

Resumo: A Comissão de Reforma propôs profundas mudanças no tratamento outorgado a diversos delitos. Interessa-nos, especificamente, neste paper, aqueles dispositivos correlacionados às infrações a gamas de direitos correlacionados ao trabalho. Deveras, como consabido, o Código Penal enfrentava diversas questões atinentes à denominada “organização do trabalho”, assim como, no capítulo em que tratava da proteção à liberdade, tipificava a chamada “redução à condição análoga à de escravo”, que, clara e diretamente, está também jungida ao tratamento do trabalho [digno] no ordenamento. Quanto a tais delitos, o Projeto propõe profundas alterações que, decerto, afetarão o trato jurídico das questões não apenas por aqueles que atuam no foro criminal, mas também, sobretudo, para os que atuam na seara trabalhista, sobretudo porque se tem alterações no tratamento criminal das questões tratadas constitutivamente pelo direito do trabalho e subsidiariamente pelo direito penal.

Rudá Santos Figueiredo

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelo Juspodivm-IELF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Coordenador-adjunto da Pós-graduação em Ciências Criminais do Juspodivm-IELF, da Faculdade Baiana de Direito e do Curso Ciclo-SE. Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

Palavras-chave: 1. Direito penal do trabalho. 2. Crimes contra a organização do trabalho. 3. Trabalho escravo. 4. Projeto de reforma do código penal.

Sumário: 1. Notas introdutórias. 2. Alterações concernentes ao trabalho e sua organização. 2.1. Alterações no tipo penal do delito cujo nomen juris é “redução à condição análoga a de escravo”. 2.2. Modificação no tratamento dos tipos penais destinados a tutelar a denominada “organização do trabalho”. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Projeto Código Penal foi construído através do trabalho de Comissão de Juristas formada especialmente para este fim.

A Comissão para elaboração de Projeto de reforma foi formada em razão de se observar certo anacronismo na legislação penal, sobretudo no Código Penal, que data de 1941, tendo, portanto, 71 (setenta e um anos). É de se observar, ainda, que após a criação do Código Penal, diversas leis penais esparsas foram criadas, contribuindo para pouco conhecimento derredor da ilicitude de algumas condutas, sobretudo por dificultar o acesso às informações legais, a demandar revisão de legislação extravagante.

As várias modificações e novéis manifestações legislativas acabaram por comprometer a sistematização do ordenamento penal, inclusive conferindo tratamentos desproporcionais para diversas condutas criminalizadas. Outrossim, o marco constitucional de 1988 há muito reclamava um exame global do direito penal, a fim de melhor adaptá-la não só as exigências da contemporaneidade, como também ao texto constitucional, conformando-o ao Estado Democrático de Direito vigente.

Nessa trilha de raciocínio, sinteticamente, a Comissão teve por diretrizes: A) Preocupação em modernizar a legislação penal; B) Preocupação em melhor sistematizar a legislação penal, conferindo proporcionalidade ao tratamento conferido às diversas condutas criminalizadas; C) Preocupação em

reavivar o princípio da reserva do código [que, conforme sustenta Ferrajoli, deve complementar o princípio da legalidade, como garantia deste], tentando congrega toda legislação penal no Projeto; D) Compatibilizar a legislação penal à Constituição de 1988, observando os axiomas inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Buscou-se ainda redação de fácil compreensão dos tipos penais, evitando-se a tipificação prolixa e/ou repetida, a fim mesmo de, em conjunto com a sistematização e a reserva do código, reforçar o princípio da legalidade, que, para ser pleno, deve possuir conotação tríplice. Em primeiro lugar, o princípio da legalidade traz uma limitação à incriminação no que concerne às fontes de criação desta. Nesta perspectiva, apenas a lei em sentido formal e material pode assumir conteúdo incriminador.

Em segundo lugar, a lei penal, formalmente editada pelo legislador constitucionalmente competente, deve ser certa e taxativa em seus preceitos, para que todos possam conhecer o que é proibido, e orientar suas atitudes no campo estreito da licitude. A terceira vertente do princípio da legalidade penal é a vedação à retroatividade lei penal incriminadora.

Nessa esteira, aponta o Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas que:

Cada crime previsto na parte especial do Código Penal atual ou na legislação extravagante foi submetido, portanto, a um triplo escrutínio: i) se permanece necessário e atual; ii) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; iii) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito.

Com fulcro em tal lastro teleológico, a Comissão de Reforma propôs profundas mudanças no tratamento outorgado a diversos delitos. Interessa-nos, especificamente, neste paper, aqueles dispositivos correlacionados às infrações a gamas de direitos correlacionados ao trabalho.

1. ALTERAÇÕES CONCERNENTES AO TRABALHO E SUA ORGANIZAÇÃO

Deveras, como consabido, o Código Penal enfrentava diversas questões atinentes à denominada "organização do trabalho", assim como, no capítulo em que tratava da proteção à liberdade, tipificava a chamada "redução à condição análoga à de escravo", que, clara e diretamente, está também jungida ao tratamento do trabalho [digno] no ordenamento, a ponto de autores como Flávio Augusto Monteiro de Barros, inclusive, sustentaram que deveriam constar do rol dos crimes contra a "organização do trabalho" e não dos crimes contra a liberdade.

Quanto a tais delitos, o Projeto propõe profundas alterações que, decerto, afetarão o trato jurídico das questões não apenas por aqueles que atuam no foro criminal, mas também, sobretudo, para os que atuam na seara trabalhista, sobretudo porque se tem alterações no tratamento criminal das questões tratadas constitutivamente pelo direito do trabalho e subsidiariamente pelo direito penal.

2. ALTERAÇÕES NO TIPO PENAL DO DELITO CUJO NOMEN JURIS É "REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO".

Nesse sentido, tem-se proposta de alteração do delito já hoje denominada "redução a condição análoga à de escravo". Veja-se o tipo penal proposto:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 150. 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:

Pena – prisão, de quatro a oito anos, além da pena correspondente à violência e ao tráfico de pessoas.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I - 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;
- III - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento ou as fornecidas por pessoa determinada, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida.

Atualmente, o crime de “redução a condição análoga à de escravo” está prevista no art. 149 do Código Penal, que assim versa:

- Art. 149. 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: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)
- Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)
- § 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)
- I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)
 - 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. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Do cotejo entre a atual disposição e o do tipo proposto no Projeto de Novo Código, é de se observar que a figura típica de “redução à condição análoga à de escravo”, acaso aprovada a proposta, terá a pena aumentada. Foram acrescidos, ainda, uma nova hipótese específica de conduta equiparada, ao parágrafo único, porquanto dispôs expressamente o Projeto que incorrerá nas penas do art. 150 aquele que “obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento ou as fornecidas por pessoa determinada, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida”.

Premente observar que aprovado o Projeto de Novo Código Penal a “redução à condição análoga a de escravo” passará a ser crime hediondo, consoante dispõe o proposto art. 56, IX, o que implicará: 1) a adoção obrigatoriamente do regime inicial fechado para o cumprimento da pena [art. 56, §1º, do Projeto de Código]; 2) a adoção de um regime de progressão de regime de pena para tal crime mais gravoso, que ocorrerá apenas quando do cumprimento de metade da pena, quando a condenação se der por crime hediondo [proposta do art. 47, III, b] ou com o cumprimento de três quintos da pena, se além de condenado por crime hediondo, for o réu reincidente [art. 47, IV]; 3) o crime será insuscetível a anistia, fiança ou graça [art. 56, §2º, do Projeto de Código Penal].

Será possível, consoante dispõe ainda o art. 150 proposto, o cúmulo das penas da violência, do tráfico de pessoas e da redução a condição análoga à de escravo, sendo a inovação efetiva a inserção da segunda figura no tipo, em referência ao crime que cujo tratamento jurídico se dará na forma do art. 469 e ss. do Código Penal proposto, in verbis:

- Art. 469. Promover a entrada ou saída de pessoa do território nacional, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso de quem não tenha condições de consentir por si mesmo, com a finalidade de submetê-la a qualquer forma de exploração sexual, ao exercício de trabalho forçado ou a qualquer trabalho em condições análogas às de escravo: (grifo aditado)
- Pena – prisão, de quatro a dez anos.
- § 1º Se o tráfico for interno ao País, promovendo-se ou facilitando o transporte da pessoa de um local para outro:
- Pena – prisão, de três a oito anos.
- § 2º Se a finalidade do tráfico internacional ou interno for promover a remoção de órgão, tecido ou partes do corpo da pessoa:
- Pena – prisão, de seis a doze anos.
- § 3º Incide nas penas previstas no caput e parágrafos deste artigo quem agencia, alicia, recruta, transporta ou aloja pessoa para alguma das finalidades neles descritas ou financia a conduta de terceiros.

Da leitura do tipo do art. 469, vê-se que a Comissão de Reforma, inclusive, ao engendrar tal disposição, cunhou como dolo específico as seguintes finalidades: a) submeter alguém a exploração sexual; b) submeter alguém a trabalho forçado; c) submeter alguém a situação análoga à de escravo.

Punir-se-á, assim, tanto conduta meio [tráfico de pessoas] como a fim [exposição a situação de trabalho forçado ou análoga à de escravo], devendo-se indagar, portanto, se tal disposição não violará, acaso promulgada conforme proposta, o princípio do *ne bis in idem*, uma vez que ambos os tipos penais em análise são cunhados a fim de proteger o mesmo bem jurídico-penal: a liberdade.

Data venia, a opção mais correta seria criar, talvez, um tipo qualificado de trabalho escravo, quando fosse praticado mediante tráfico de pessoas, considerando que se tinha situação amplamente lesiva à liberdade. A dupla punição, no entanto, através de dois tipos penais, não se afigura correta.

2. MODIFICAÇÃO NO TRATAMENTO DOS TIPOS PENAIS DESTINADOS A TUTELAR A DENOMINADA "ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO".

Quanto aos delitos cuja finalidade seria a proteção à "organização do trabalho", a Comissão propôs a "revogação" de todos eles, considerando que outros tipos penais emolduram perfeitamente as condutas dantes emolduradas por tais figuras típicas. Nesse sentido, o Relatório Final dos Trabalhos da Comissão assim versa:

Por fim, a sistemática adotada para o trabalho da Comissão e a ideologia que orientou a proposta, obrigaria, por consequência, a revogação, pelo menos, do disposto no atual art. 203 do Código Penal. No entanto, a Comissão ousou mais. Propõe a revogação de todo o capítulo nominado de "Crimes contra a Organização do Trabalho"

Nesse sentido, todos os tipos cuja finalidade seria a proteção à "organização do trabalho", deixariam de existir. Seriam retiradas do ordenamento as seguintes figuras: A) Atentado contra a liberdade de trabalho; B) Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta; C) Atentado contra a liberdade de associação; D) Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem; E) Paralisação de trabalho de interesse coletivo; F) Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, sabotagem; G) Frustração de direito assegurado por lei trabalhista; H) Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho; I) Exercício de atividade com infração de decisão administrativa; J) Aliciamento para fim de emigração; K) Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

De fato, os delitos previstos atualmente nos artigos 197 [Atentado contra a liberdade de trabalho]; 198 [Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta]; 199 [Atentado contra a liberdade de associação]; 203 [Frustração de direito assegurado por lei trabalhista] e 204 [Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho] são perfeitamente tratados pelo tipo penal proposto de constrangimento ilegal, que a tal delito, inclusive, estipula sanção mais grave do que aquela prevista atualmente pela cártula criminal. Veja-se o tipo proposto:

Constrangimento ilegal
Art. 145. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena – prisão, de um a quatro anos.

Quanto aos delitos previstos nos artigos 200, 201 e 202, entendeu a Comissão que se inserem no direito à livre manifestação. No entanto, os excessos violentos, sejam contra coisas ou pessoas, evidentemente, continuarão a ser punidos através dos tipos penais que protegem vida e incolumidade física das pessoas, bem como o patrimônio, a liberdade e honra, não se podendo admitir que tais direitos fundamentais sejam violados em nome de uma pretensa liberdade de manifestação.

Entretanto, a violência deve ser coibida per se. Não se tem uma violência diferenciada ou mais grave porque se trata de violência cometida no contexto de manifestações populares, debruçando-se, especificamente, o artigo, neste ponto, aos atualmente denominados delitos “contra a organização do trabalho”.

Deveras, a anterior orientação do Código que falava na “organização do trabalho”, como algo voltado ao bem comum de todos, em verdade, em sua maior parte, tipificava condutas de maneira seletiva, tendo por sujeitos ativos, ordinariamente, os trabalhadores. A este respeitava explicava o seguinte sobre os estes delitos: “não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos (item 67)”.

Nesse contexto, quanto a tais delitos, o Projeto de mostra alvissareiro, não só por diminuir o infindável número de tipos penais que assolam o direito criminal e aqueles que nele atuam, como cuida de, em juízo de proporcionalidade prévio, observar racionalmente os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, curando da liberdade de manifestação, mas não como um direito absoluto [o que aliás apenas seria capaz de esvaziar outros direitos], mas como um direito relativo, devendo-se respeitar na maior medida possível os direitos fundamentais outros. Isso porque a norma penal deve também estar amalgamada à Constituição Federal e, considerando que acaba por interferir diretamente no exercício das posições jurídicas pelas pessoas, não pode ser concebida sem ponderação.

Premente observar que a larga discussão acerca da competência para julgar os crimes contra a organização do trabalho, em razão do que dispõe o art. 109, VI, da Constituição Federal, ganhará novos contornos. Como cediço tal discussão foi dirimida pelo STJ e pelo STF que consideram ser de competência federal os delitos contra a “organização do trabalho” que afetem uma coletividade de trabalhadores. Se o interesse atingido for individual, haverá competência estadual.

O Projeto, contudo, propõe o fim dos delitos contra a “organização do trabalho”.

Do ponto de vista da literalidade do enunciado, com o fim dos delitos “contra a organização do trabalho”, em tese, será sepultada a discussão, passando a tramitar todos aqueles processos por delitos contra a organização do trabalho na Justiça Estadual. É que não se terá mais crime contra a organização do trabalho a enseja a incidência do art. 109, IV, da Constituição Federal.

Importa, por fim, observar, que, na maioria dos casos, a retirada do Código dos tipos penais específicos existentes hoje no rol dos delitos “contra a organização do trabalho” não permitirá concluir que houve abolitio criminis. Isso porque o texto não descriminaliza as condutas que anteriormente, mas informa que elas são tratadas por outros tipos penais, de maior abstração, a denotar que haverá mera alteração de nomen juris. São exceções a esta conclusão os delitos previstos atualmente pelos artigos 206 e 207 do Código Penal, a saber, “Aliciamento para o fim de emigração” e “Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional”, os quais, efetivamente, serão abolidos do ordenamento, não podendo ser englobados nem pelo enunciado que criminaliza o tráfico de pessoas, não por aquele que criminaliza o constrangimento ilegal.

3. CONCLUSÕES

Em razão das considerações supra expendidas, conclui-se que:

- O Projeto de Reforma do Código Penal se justifica em razão do anacronismo encontrado na legislação atual, bem como porque a quantidade de leis penais extravagantes esparsas dificulta o acesso ao conteúdo da ilicitude penal, a racionalização da legislação e sua aplicação;
- Foram propostas diversas alterações, dentre as quais se podem incluir algumas concernentes à proteção ao trabalho;
- Do cotejo entre a atual disposição e o do tipo proposto no Projeto de Novo Código, é de se observar que a figura típica de “redução à condição análoga à de escravo”, acaso aprovada a proposta, terá a pena aumentada;

- Foram acrescentados, ainda, uma nova hipótese específica de conduta equiparada, ao parágrafo único, porquanto dispôs expressamente o Projeto que incorrerá nas penas do art. 150 aquele que “obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento ou as fornecidas por pessoa determinada, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida”;
- Aprovado o Projeto de Novo Código Penal a “redução à condição análoga a de escravo” passará a ser crime hediondo, consoante dispõe o proposto art. 56, IX, o que implicará: 1) a adoção obrigatoriamente do regime inicial fechado para o cumprimento da pena [art. 56, §1º, do Projeto de Código]; 2) a adoção de um regime de progressão de regime de pena para tal crime mais gravoso, que ocorrerá apenas quando do cumprimento de metade da pena, quando a condenação se der por crime hediondo [proposta do art. 47, III, b] ou com o cumprimento de três quintos da pena, se além de condenado por crime hediondo, for o réu reincidente [art. 47, IV]; 3) o crime será insuscetível a anistia, fiança ou graça [art. 56, §2º, do Projeto de Código Penal];
- Será possível, consoante dispõe ainda o art. 150 proposto, o cúmulo das penas da violência, do tráfico de pessoas e da redução a condição análoga à de escravo, sendo a inovação efetiva a inserção da segunda figura no tipo, em referência ao crime que cujo tratamento jurídico se dará na forma do art. 469;
- Da leitura do tipo do art. 469, vê-se que a Comissão de Reforma, inclusive, ao engendrar tal disposição, cunhou como dolo específico as seguintes finalidades: a) submeter alguém a exploração sexual; b) submeter alguém a trabalho forçado; c) submeter alguém a situação análoga à de escravo;
- Todos os tipos cuja finalidade seria a proteção à “organização do trabalho”, deixariam de existir, a consubstanciar o Projeto de Código Penal;
- De fato, os delitos previstos atualmente nos artigos 197 [Atentado contra a liberdade de trabalho]; 198 [Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta]; 199 [Atentado contra a liberdade de associação]; 203 [Frustração de direito assegurado por lei trabalhista] e 204 [Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho] são perfeitamente tratados pelo tipo penal proposto de constrangimento ilegal;
- Quanto aos delitos previstos nos artigos 200, 201 e 202, entendeu a Comissão que se inserem no direito à livre manifestação. No entanto, os excessos violentos, sejam contra coisas ou pessoas, evidentemente, continuarão a ser punidos através dos tipos penais que protegem vida e incolumidade física das pessoas, bem como o patrimônio, a liberdade e honra, não se podendo admitir que tais direitos fundamentais sejam violados em nome de uma pretensa liberdade de manifestação;
- Nesse contexto, quanto a tais delitos, o Projeto de mostra alvissareiro, não só por diminuir o infindável número de tipos penais que assolam o direito criminal e aqueles que nele atuam, como cuida de, em juízo de proporcionalidade prévio, observar racionalmente os direitos fundamentais previstos constitucionalmente;
- Premente observar que a larga discussão acerca da competência para julgar os crimes contra a organização do trabalho, em razão do que dispõe o art. 109, VI, da Constituição Federal, ganhará novos contornos;
- Do ponto de vista da literalidade do enunciado, com o fim dos delitos “contra a organização do trabalho”, em tese, será sepultada a discussão, passando a tramitar todos aqueles processos por delitos contra a organização do trabalho na Justiça Estadual. É que não se terá mais crime contra a organização do trabalho a ensejar a incidência do art. 109, IV, da Constituição Federal;
- Importa, por fim, observar, que, na maioria dos casos, a retirada do Código dos tipos penais específicos existentes hoje no rol dos delitos “contra a organização do trabalho” não permitirá concluir que houve abolitio criminis. Isso porque o texto não descriminaliza as condutas que anteriormente, mas informa que elas são tratadas por outros tipos penais, de maior abstração, a denotar que haverá mera alteração de nomen juris.

- São exceções à conclusão antecedente os delitos previstos atualmente pelos artigos 206 e 207 do Código Penal, a saber, “Aliciamento para o fim de emigração” e “Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional”, os quais, efetivamente, serão abolidos do ordenamento, não podendo ser englobados nem pelo enunciado que criminaliza o tráfico de pessoas, não por aquele que criminaliza o constrangimento ilegal.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 117.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios Jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2011, passim.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**, v. 2: **parte especial: crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio**. 2 ed. reform. São Paulo, Saraiva, 2009

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002
QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 5 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009

PENSANDO O DIREITO DO TRABALHO IDEOLOGICAMENTE

DANILO GONÇALVES GASPAR

Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica JUSPODIVM Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa Salvador/BA). Advogado. Professor de Direito do Trabalho da Universidade Salvador - Unifacs e da Faculdade Baiana de Direito - FBD. Membro do Instituto de Direito Desportivo da Bahia - IDDBA.

RESUMO: Este trabalho analisa, ideologicamente, o Direito do Trabalho, buscando, a partir do contexto de seu surgimento, a sua verdadeira razão de ser. Ao exercer tanto uma função de proteção como uma função de legitimação do sistema capitalista de produção, o Direito do Trabalho precisa compatibilizar esses dois objetivos, buscando encontrar o equilíbrio social entre a proteção jurídica do trabalhador e a legitimação do modelo de exploração do trabalho alheio típico do sistema capitalista de produção.

Palavras-chave: Ideologia, Função, Equilíbrio, Trabalho.

ABSTRACT: This work analyzes, ideologically, Labour Law, seeking, from the context of its emergence, its very reason for being. By exerting a protective function both as a function of legitimation of the capitalist system of production, labour law must reconcile these two objectives, seeking to find a balance between the social worker and the legal protection of legitimation of exploitation model typical of the work of others capitalist system of production.

Key-words: ledology, Function, Balance, Labour.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A tradicional trajetória da evolução histórica do Direito do Trabalho – 2. A noção de ideologia – 3. A verdadeira essência do Direito do Trabalho. – 4. O Direito do Trabalho e suas funções. – Conclusão. – Referências.

INTRODUÇÃO

Compatibilizar a função central do Direito do Trabalho de proteção jurídica da parte hipossuficiente da relação de emprego – o empregado – como forma de alcançar melhores condições de trabalho e a função político-conservadora também exercida por este produto do sistema capitalista de produção, legitimando a forma de exploração do trabalho alheio típica deste modelo, é, sem dúvidas, a razão de ser e o grande desafio do Direito do Trabalho.

Pensar o Direito do Trabalho ideologicamente não significa repensar o Direito do Trabalho, mas sim, a partir de uma análise baseada nas suas razões históricas e nos principais interesses por ele tutelados, revelar a sua verdadeira razão de ser, a sua essência.

Há aqueles que dizem ser o Direito do Trabalho, atualmente, velho, repleto de normas arcaicas e descompassadas com a realidade social. Noutro sentido, há quem ainda afirme que o Direito do Trabalho ainda vive sua juventude, buscando alcançar sua maturidade.

Seja o que for, o que se faz necessário é investigar se o Direito do Trabalho, pensado ideologicamente, ainda encontra nas suas clássicas funções o seu verdadeiro objetivo. É justamente isto que se passa a fazer.

1. A TRADICIONAL TRAJETÓRIA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

É muito comum, e até mesmo didaticamente coerente, encontrar-se nos diversos textos relativos à disciplina Direito do Trabalho relatos acerca do desenvolvimento histórico desta disciplina, o que, inclusive, foi feito na parte inicial deste trabalho.

Na maioria dos casos, cronologicamente, até que se chegue à relação de emprego propriamente dita – verdadeiro objeto do Direito do Trabalho¹ – são feitas alusões à origem do termo trabalho, notadamente sua gênese latina *tripalium*, são citadas as fases de escravidão, servidão e corporações de ofício para se deixar claro que, em todas essas ocasiões, não se poderia pensar em Direito do Trabalho uma vez que não havia, naquelas circunstâncias, uma prestação de trabalho juridicamente livre, até que se chega, com o processo de Revolução Industrial desencadeado a partir do séc. XVIII, ao surgimento da figura do assalariado e, por conseqüência, da consciência de classe.

Dentro desse contexto histórico, os manuais, cada um de sua maneira, acabam por apontar os fatos mais marcantes que demarcam as denominadas fases de formação, intensificação, consolidação e autonomia do Direito do Trabalho².

Sem desmerecer, em nenhuma hipótese, a importância dos dados ou fatos históricos que marcaram o surgimento do Direito do Trabalho, o fato é que, em dado momento, esses elementos ocupam uma posição privilegiada, sobretudo na doutrina, em detrimento da investigação ou simplesmente revelação do verdadeiro motivo, do real objetivo ou do exato por que do surgimento de uma disciplina jurídica destinada à regulamentação de uma determinada relação de trabalho surgida com o advento da Revolução Industrial e do desenvolvimento do sistema capitalista de produção.

Nesse sentido é que se quer deixar claro que, para que se interprete o Direito do Trabalho e o adéque às transformações sociais, econômicas e tecnológicas, não é bastante narrar o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho; não é suficiente simplesmente apontar os fatos históricos ou fontes materiais do Direito do Trabalho; não é o melhor caminho a ser seguido pensar o Direito do Trabalho didaticamente e não ideologicamente.

2. A NOÇÃO DE IDEOLOGIA

Sabe-se, é bem verdade, que a concepção marxista de ideologia vê nesta um dos instrumentos de dominação da classe dominante (proprietária) sobre a classe dominada (trabalhadores), sendo a ideologia “um dos meios usados pelos dominantes para exercer a dominação, fazendo com que esta não seja percebida como tal pelos dominados”.³

A ideologia, portanto, transforma as ideias da classe dominante em ideias de toda a sociedade, fazendo com que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domine no plano espiritual (das ideias):⁴

1 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

2 Ibidem, p. 88.

3 CHAUÍ, Marilena. O que é Ideologia. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 33.

4 Ibidem, p. 36.

As ideias [Gedanken] da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes; ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a ela submetidas, ao mesmo tempo, as ideias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual. As ideias dominantes, são, pois, nada mais que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são essas as relações materiais dominantes compreendidas sob a forma de ideias; são, portanto, a manifestação das relações que transformam uma classe em classe dominante; são dessa forma, as ideias de sua dominação. [...].⁵

De acordo com essa concepção, a ideologia convence a sociedade – através das ideias – de que algo é verdadeiro sem que esse algo corresponda à realidade material. É o que ocorre, por exemplo, “quando se diz que o trabalho dignifica o homem e não se analisam as condições reais de trabalho, que brutalizam, entorpecem, exploram certos homens em benefícios de uns poucos”⁶. Está-se, portanto, “diante da ideia de trabalho e não diante da realidade histórico-social do trabalho”.⁷

Então, surge a ideologia como um instrumento de dominação, de alienação da classe dominada que é levada a crer que as ideias propagadas pela classe dominante correspondem à realidade material, o que não é verdade.

Nesse trabalho, quando se fala em ideologia, busca-se justamente o contrário, ou seja, partindo-se dos conceitos acima destacados, busca-se encontrar a correlação entre o plano material (realidade sócio-econômica) e espiritual (das ideias) que fez surgir o Direito do Trabalho. Inverte-se, portanto, o caminho, conforme proposto por Karl Marx e Friedrich Engels:

Ao contrário do que sucede na filosofia alemã, que desce do céu para terra, aqui se ascende da terra ao céu. Ou, dito de outro modo, não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, nem do que são nas palavras, no pensamento, imaginação e representação dos outros para, a partir daí, chegar aos homens de carne e osso; parte-se, sim, dos homens em sua atividade real, e, a partir de seu processo na vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo vital. E mesmo as formulações nebulosas do cérebro dos homens são sublimações necessárias do seu processo de vida material que se pode constatar empiricamente e que se encontram sobre bases materiais. Desse modo, a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, assim como as formas de consciência que a elas correspondem, perdem toda a aparência de autonomia. Não têm história nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir da sua realidade, também o seu pensar e os produtos do seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida é que determina a consciência.⁸

É essa, pois, a noção de ideologia que se apresenta e se utiliza no âmbito do presente trabalho, noção que será de fundamental importância para destacar, com precisão, a verdadeira essência do Direito do Trabalho.

3. A VERDADEIRA ESSÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO

A constatação de que a humanidade, em todos os momentos históricos, vivenciou uma realidade produtiva baseada no trabalho prestado por outrem, seja ele escravo, servo ou aprendiz, mas o Direito

5 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 78.

6 CHAUI, op. cit., p. 34.

7 Ibidem, p. 34.

8 MARK; ENGELS, op. cit., p. 51-52.

do Trabalho enquanto normatizador de tal relação somente surgiu a partir do advento de um determinado sistema de produção (capitalismo industrial)⁹, revela, via de regra, uma noção de que não se podia falar em Direito do Trabalho antes do capitalismo uma vez que, nas situações anteriores, não havia um trabalho juridicamente livre.

Entretanto, em que pese tal afirmação seja verdadeira, ou seja, que é pressuposto para a existência de uma relação de emprego a existência de uma relação jurídica que, por sua vez, pressupõe a presença de dois sujeitos de direito livres para contrair direitos e obrigações, o que não ocorria nem na relação entre senhor e escravo, nem entre aquele e o servo, nem tampouco no seio de uma Corporação de Ofício, não é menos verdade que não foi simplesmente o surgimento do assalariado, homem livre e capaz de obrigar-se mediante um contrato com o tomador de serviços, que deu lugar ao surgimento do Direito do Trabalho.

A verdadeira razão de ser, portanto, desse ramo especializado do Direito encontra-se no conflito de interesses existente na relação entre o operário e o empresário, empregador e empregado, típico do sistema capitalista industrial.

Surge, portanto, o Direito do Trabalho, como um mediador, um guarda de fronteiras, uma linha imaginária que impede a plena satisfação dos interesses do empregador e, de outro lado, a plena satisfação dos interesses do empregado. A norma trabalhista, assim, deve impedir a consecução absoluta dos interesses de uma das partes, apresentando uma solução de "equilíbrio ou compromisso essencial".¹⁰

Apresenta-se, portanto, a legislação operária como um verdadeiro instrumento do sistema capitalista para administrar o referido conflito de interesses de uma forma tal que se compatibilize com a própria estrutura do sistema.

Nos dizeres de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, a situação em questão retrata a finalidade mediata do Direito do Trabalho que é a de, através da compatibilização da proteção do empregado com os ideais essenciais das relações capitalistas, promover o "[...] equilíbrio social [...]".¹¹ Completa o autor afirmando que:

[...] Tanto assim é que a proteção esbarra nos postulados fundamentais da ordem jurídica dos países de economia de mercado como o direito de propriedade e as restrições à greve. Não se trata de um direito excepcional, que rompa com esses postulados e sim um direito especial, incorporado ao ordenamento geral e aos seus princípios fundamentais, embora adaptando-se às exigências sociais que reclamam um tratamento diferenciado a certa categoria de pessoas, os trabalhadores, em razão de sua inferioridade econômica, hierárquica e cultural. Intérpretes marxistas da disciplina (aliás não adeptos do comunismo real ou histórico) assinalam a existência dos referidos limites depois de reconhecerem que tem o Direito do Trabalho o objetivo de proteção do trabalhador contra uma exploração desenfreada, ressalvando, contudo, que as suas disposições protetoras respeitam o essencial das relações capitalistas.¹²

Assim, o conflito de interesses entre empregador e empregado existe, será eterno uma vez que nenhuma das duas partes alcançará a plena satisfação dos seus interesses, e será administrado

9 PALOMEQUE, Manuel Carlos. Direito do trabalho e ideologia. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

10 Ibidem, p. 18.

11 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. Princiologia do direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 35.

12 Ibidem, p. 35.

pela intervenção estatal através das normas trabalhistas de modo que a relação entre os sujeitos integrantes da relação de emprego possa ocorrer de forma tal que possibilite a manutenção do sistema. Em outras palavras, não se pretende com o Direito do Trabalho uma desmercantilização absoluta do trabalho, mas sim um processo relativo que permita a exploração do trabalho humano:

Ahora bien, como se expondrá después, la finalidad del Derecho del Trabajo del capitalismo intervenido no es la desmercantilización absoluta del trabajo (pues de ser así existiría una contradicción in extremis –cuando no en términos de principio– entre este sector del ordenamiento jurídico y el modo de producción capitalista tal y como es estructurado jurídicamente por el sistema jurídico general), sino su desmercantilización relativa mediante la racionalización pública (legislación laboral y organización político-administrativa) y colectiva (autonomía colectiva como instrumento de regulación de los procesos sociales) de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. Desde esta perspectiva la <<inversión>> del mercado de trabajo se ha hecho acompañar de una amplia dosis de heteroregulación, que ha evitado la pura circulación del trabajador como una mercancía más racionalizando y limitando los derechos de utilización y todo un sistema de reglas jurídicas (e institucionales) que definen las posiciones respectivas de los agentes económicos implicados y configuran ese mercado cuya naturaleza es muy especial, pero que también ha permitido enmascarar la explotación del hombre por el hombre <<bajo velo de ignorancia>> formal de los mecanismos de explotación subyacentes.¹³

Encontra-se, portanto, a verdadeira essência do Direito do Trabalho a partir do momento em que este é encarado como o que realmente ele é: produto do sistema capitalista de produção.¹⁴

Enquanto produto do sistema capitalista de produção, portanto, cabe ao Direito do Trabalho, enquanto instrumento de intervenção estatal nas relações particulares, a um só tempo, garantir a dignidade do ser humano trabalhador (valorização social do trabalho) e garantir o exercício da atividade econômica (livre iniciativa), exercendo, portanto, concomitantemente, sua função protetiva (busca por melhores condições de trabalho) e sua função político-conservadora (legitimação da forma de exploração do trabalho alheio típica do sistema capitalista).

4. O DIREITO DO TRABALHO E SUAS FUNÇÕES

A natureza ou função conservadora do Direito do Trabalho de legitimação da relação entre capital e trabalho inaugurada pelo sistema capitalista industrial, em que pese seja evidente e verdadeira, não pode, de maneira alguma, ser colocada como a única ou a principal função do Direito do Trabalho. Trata-se inegavelmente de uma das funções exercidas por este ramo específico do Direito, todavia, não a única delas.

O Direito do Trabalho precisa ser pensado como uma moeda, cuja figura traz duas faces, ou como o deus Jano, deus romano que deu origem ao nome do mês janeiro por possui duas faces, uma olhando para frente (ano que se inicia) e outra para trás (ano que se passou).

Seja como uma moeda ou como a figura do deus Jano, o Direito do Trabalho encontra-se com a missão

de, no âmbito do sistema capitalista, exercer uma função protetiva do trabalhador e uma função político-conservadora do modelo de produção dominante.

13 MONEREO PÉREZ, José Luis. Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral. Madrid: Consejo Económico y Social, 1996, p. 46.

14 DELGADO, op. cit., p. 79.

Não à toa, o inciso IV do artigo 1º da Constituição da República consagra, como fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, trazendo-os juntos, como se de mãos dadas estivessem, como se faces de uma mesma moeda fossem.

Sendo a dignidade da pessoa humana o centro do ordenamento jurídico brasileiro e de qualquer estado democrático de direito (artigo 1º, III, da Constituição da República), a função protetiva do Direito do Trabalho assume a posição de eixo central do Direito do Trabalho, representada no caput do artigo 7º da Constituição da República, através da expressão “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

O fato é que, em que pese todo o Direito ser teleológico, finalístico, na medida em que realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes, o Direito do Trabalho, conforme destaca Maurício Godinho Delgado, acentua este caráter finalístico do Direito, trazendo como valor essencial à melhoria das condições de pactuação da força de trabalho. Seria esta, portanto, no seu entender, a função central do Direito do Trabalho.¹⁵

Essa melhoria das condições de trabalho encontra-se intimamente ligada ao objetivo ou função do direito trabalhista de compensar a debilidade contratual do trabalhador, no plano individual, o que somente é possível através da limitação da autonomia privada individual.¹⁶

A melhoria das condições de trabalho e a redução da desigualdade socioeconômica fazem parte de um fim maior do Direito do Trabalho de proteger o trabalhador frente ao tomador dos serviços, detentor dos meios de produção (capital e trabalho).

Assim, encontrando-se, como já dito, a verdadeira de razão de ser do Direito do Trabalho no conflito de interesses entre empregado e empregador, não se pode jamais perder de vista que as normas trabalhistas, em que pese exercerem a função conservadora acima narrada, foram fruto de uma luta da classe operária, resultaram de um clamor social por condições mais dignas de trabalho, motivo pelo qual esse ramo específico do Direito nasce, surge, se constrói e deve se manter sempre como um verdadeiro instrumento de proteção do trabalhador.

Toda a matriz principiológica e ideológica do Direito do Trabalho têm como base o Princípio da Proteção, princípio este que, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, repercute em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.¹⁷

O Direito do Trabalho, portanto, é fruto da passagem do Estado Liberal inaugurado pela Revolução Francesa (1789) que pregou indiscriminadamente a liberdade e a autonomia da vontade com base

15 DELGADO, op. cit., p. 55.

16 FERNANDES, Antonio Monteiro. Direito do trabalho. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

17 DELGADO, op. cit., p. 183.

no falso postulado de que todos eram livres e iguais para contrair direitos e obrigações, para o Estado do Bem-Estar Social.

Vale ressaltar, por oportuno, que, atualmente, fala-se em autonomia privada, evolução daquilo que, na época do Estado Liberal, se denominava autonomia da vontade. A distinção não é meramente terminológica, mas sim conceitual. Se, de acordo com a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obrigava por meio da declaração de vontade, independentemente das demais circunstâncias na qual o negócio jurídico tivesse inserido, no caso da teoria da autonomia privada, a manifestação da vontade humana, por si só, não tem o condão de criar, modificar ou extinguir direitos. Somente a manifestação da vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico é capaz de gerar as conseqüências pretendidas.¹⁸

Surge, então, o Direito do Trabalho como um instrumento estatal de intervenção nas relações particulares com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais e econômicas existentes entre os contratantes, no caso empregador e empregado, através da proteção daquele que se encontrava, e ainda se encontra, em posição desfavorável. Passa-se a pregar não somente a igualdade formal ou jurídica, mas sim a igualdade material ou substancial.¹⁹

A partir do momento em que o Estado constata, diante das absurdas jornadas e degradantes condições de trabalho a que vinham sendo submetidos os trabalhadores àquela época, que a desigualdade sócio-econômica existente entre empregador e empregado tornava este submisso à vontade daquele, o Estado passa a manifestar-se através de normas com caráter imperativo e indisponível – as denominadas normas de ordem pública – limitando, assim, a autonomia privada dos particulares em condições desiguais.

Não restam dúvidas, portanto, de que o Direito do Trabalho surge ideologicamente como um instrumento estatal de proteção a uma determinada classe, qual seja: a classe trabalhadora que se encontrava em condições sócio-econômicas desfavoráveis/inferiores.

Inegavelmente, desta forma, que, independentemente da derrocada do Estado do Bem-Estar Social ocorrida a partir da segunda metade do século XX e conseqüente renascimento do Estado Liberal através do Estado Neoliberal marcado pelo processo de globalização, independentemente dos momentos de crises econômicas que repercutem no Direito do Trabalho fazendo surgir, por exemplo, processos de terceirização, flexibilização e desregulamentação, o Direito do Trabalho foi pensado, foi reclamado e surgiu como um conjunto de normas de proteção ao trabalhador, o que levou Luiz de Pinho Pedreira da Silva a afirmar que *“a proteção do trabalhador é a causa e fim do Direito do Trabalho [...]”*.²⁰

18 BORGES, Roxana Cardoso. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51-55.

19 ARIGÓN, Mario Garmendia. Ordem Pública e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 71.

20 SILVA, op. cit., p. 24.

CONCLUSÃO

Pensar o Direito do Trabalho ideologicamente significa revelar a razão de sua existência – proteção jurídica do trabalhador – dentro de um modelo de produção capitalista, que, por sua vez, legitima a exploração do trabalho alheio através do pagamento de uma contraprestação que permita uma rentabilidade para a atividade produtiva.

A ideologia do Direito do Trabalho nunca foi e não pode ser vista única e exclusivamente com os olhos da proteção do hipossuficiente ou com os olhos da legitimação do modelo capitalista de exploração do trabalho alheio.

Assim como uma moeda, o Direito do Trabalho possui duas faces: uma representada pela função protetiva (busca por melhores condições de trabalho) e outra representada pela função político-conservadora (legitimação da forma de exploração do trabalho alheio típica do sistema capitalista de produção).

Tal qual o deus Jano, o Direito do Trabalho possui um olhar para trás e um olhar para frente. Da mesma forma como ocorreu com o nome do mês de janeiro, o deus Jano deve emprestar ao Direito do Trabalho sua figura mitológica representando um olhar para trás que revela um passado de exploração sem limites que não pode e não deve ser resgatado e um olhar para frente que revela uma necessidade ainda latente de melhoria das condições de trabalho, sobretudo com a eliminação do trabalho infantil, a diminuição do número de acidentes de trabalho, o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo e às formas precarizantes de exploração do trabalho alheio.

Se é verdade que o Direito do Trabalho precisa encontrar um equilíbrio social entre a proteção jurídica do trabalhador e a garantia do exercício da atividade econômica, é também verdade que a função protetiva do Direito do Trabalho não perdeu espaço, devendo, portanto, ainda ser exercida como classicamente pensada: busca por melhores condições de trabalho, através da proteção jurídica da parte hipossuficiente da relação de emprego, o empregado.

É esta, pois, a ideologia do Direito do Trabalho, ora apresentada, também, como um desafio: encontrar um equilíbrio social e compatibilizar sua função protetiva com sua função político-conservadora.

REFERÊNCIAS

- ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BORGES, Roxana Cardoso. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1980
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- FERNANDES, Antonio Monteiro. **Direito do trabalho**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Derechos Sociales de la Ciudadania y Ordenamiento Laboral**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1996.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

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

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II.

SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: ESTUDO COMPARADO

GABRIEL MELO VIANA

Pós-graduando (lato sensu) em Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogado.

Resumo: A segurança e a saúde do trabalhador é um tópico fundamental a ser tratado pelo direito do trabalho e pelos poderes públicos, pois atinge diretamente a vida do trabalhador e sua qualidade. O direito comparado, no mundo globalizado, permite preencher lacunas e discutir qual caminho tomar com o intuito de aperfeiçoar as normas jurídicas existentes. Discussões relativas a flexibilização dos direitos trabalhistas sempre estão presentes em tempos de crise ou dificuldades empresariais, tendo como alvo principal o império da legislação. Os Estados Unidos da América

são conhecidos por possuir pouca regulamentação trabalhista e forte liberdade contratual. O estudo comparado permite que seja visualizada de forma crítica a validade do modelo americano, suas lacunas e suas semelhanças com o sistema brasileiro, de cunho legalista. No âmbito da proteção à saúde e segurança do trabalhador, nos Estados Unidos, o destaque se dá a atuação dos sindicatos que possuem a incumbência de tentar, ao menos, suprir a ausência de regulamentação referente ao tema e garantir ao trabalhador condições decentes no seu ambiente laboral. De qualquer forma, as legislações referentes ao tema, quando existentes nos Estados Unidos, nem sempre se aplicam à totalidade dos empregados. É o caso do Occupational Safety and Health Act que a despeito de atingir um grande número de cidadãos, não os atinge em sua totalidade, reflexo da organização federalista do país. Portanto, espera-se que os avanços na presente discussão sejam importantes na evolução das questões trabalhistas referentes à saúde e segurança do trabalhador, garantindo a este condições cada vez melhores de trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Direito Comparado; Direito dos Estados Unidos da América; Saúde do Trabalhador;

1. INTRODUÇÃO

A importância do direito comparado é facilitar as relações jurídicas internacionais e, principalmente, ampliar os horizontes do estudo jurídico permitindo o conhecimento sobre realidades distintas. Com isso, possibilita-se a criação de um movimento para aperfeiçoamento da legislação nacional através da identificação das lacunas locais e de soluções legais mais eficientes e avançadas. Os sistemas, apesar de distintos, têm muito que aprender um com o outro.

Com a globalização, não é possível pensar no direito de forma restrita aos limites de uma nação. Contratos são firmados entre indivíduos de diferentes países com uma assustadora frequência e empresas, cotidianamente, abrem filiais em outros países. Mas a relação entre distintos direitos nacionais não se restringe a negócios supranacionais. A informação globalizada não respeita os limites geográficos possibilitando a qualquer um o acesso imediato, por exemplo, a legislações e regulamentações distintas da sua.

Nesse sentido, e por seu caráter universal, o direito comparado pode contribuir com às questões de segurança e medicina do trabalho, que é conceituado pelo professor Pinto Martins como "o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não se encontrar em condições de prestar serviços ao empregador" (MARTINS, 2003, p.609).

Discussões nessa área vêm crescendo, se concentram em diversos campos, desde doutrinários a sindicais. A preocupação por um meio ambiente do trabalho sustentável e pela qualidade de vida dos trabalhadores está cada vez mais presente.

Um dos pontos mais graves em relação à precarização ou falta de regulamentação no trabalho é referente aos riscos e danos causados à segurança e saúde do trabalhador no ambiente de trabalho. Pois, acima de tudo, isto coloca em risco a própria vida do trabalhador. O risco de dano, inclusive, não se restringe aos danos físicos, mas também os danos psicológicos.

O objetivo do trabalho é estabelecer uma comparação entre a legislação brasileira com a respectiva legislação americana, realizando, assim, uma breve revisão dos respectivos sistemas, apontando semelhanças e diferenças e, principalmente, lacunas.

2. O SISTEMA JURÍDICO NORTE AMERICANO

Primeiramente, o sistema jurídico americano não é fundamentado em leis escritas e sim nos costumes e na jurisprudência. O direito baseado em costumes acompanha as intensas mudanças da sociedade, permitindo uma maior flexibilidade, ao magistrado, para julgar determinado caso. De acordo com Friedman (2002), o direito é um produto da sociedade e, de acordo com suas mudanças, o direito também deve mudar.

Em relação ao sistema jurídico americano, este pode ser definido como: "singular. Há poucas leis, e a ideia do código de trabalho é ignorada. A interferência do Estado nos contratos de trabalho é mínima. O sistema desenvolve-se com acentuada espontaneidade, independentemente de leis." (NASCIMENTO, 2011, p.51).

Os Estados Unidos são conhecidos justamente pelas práticas neoliberais. São adeptos da total liberdade contratual entre empregado e empregador. Esta mentalidade repreende qualquer excesso de intervenção estatal nas relações contratuais de trabalho. Porém, essa liberdade tem se mostrado extremamente nociva. Pesquisa recente elaborada pelas universidades de Harvard e McGill apontaram os Estados Unidos como um dos piores países do mundo em relação a direitos trabalhistas. Diversos direitos trabalhistas aos quais os brasileiros estão acostumados não existem nos EUA como a licença paternidade e as férias remuneradas (GALVÃO, 2013).

Nascimento (2011, p. 50), em sua obra onde aborda o direito do trabalho sob a perspectiva de modelos, afirma que os Estados Unidos adotaram o modelo negociado. Este modelo, em suas palavras: "fundase na concepção autotutelar do direito do trabalho que tem como pressupostos a omissão, proposital ou não, do Estado que é abstencionista nas relações de trabalho.

Esta omissão estatal contrasta com o rigoroso formalismo na aplicação de leis trabalhistas como se constata no Brasil e em outros países como França e Suécia. Ocorre que há um movimento de flexibilização das leis trabalhistas. Em épocas de crise econômica ou perante empresas com dificuldades financeiras, sempre surgem discussões sobre a flexibilização como solução para os problemas de desemprego e como forma de incentivar a expansão e criação de novas empresas.

A professora Alice Monteiro de Barros afirma, em seus ensinamentos que:

O fenômeno da flexibilização é encarado também sob o enfoque da “desregulamentação normativa”, imposta pelo Estado, a qual consiste em derrogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores. (BARROS, 2011, p.69).

Portanto, ocorre que um dos objetivos da flexibilização das leis trabalhistas é alcançar, cada vez mais, um status regulamentar similar ao existente nos Estados Unidos, ou seja, praticamente inexistente. A flexibilização gradativamente encaminha o direito trabalhista para a total desregulamentação normativa.

Como dito por Ricardo Antunes em sua obra *Adeus ao Trabalho?*:

flexibilizar a legislação social do trabalho significa – não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso – aumentar ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, ampliar as formas de precarização e destruição dos direitos sociais arduamente conquistados pela classe trabalhadora (ANTUNES, 2012, p.109).

Neste sentido, compreende-se o porquê da precariedade dos trabalhos nos Estados Unidos. Os empregados ocupam uma posição desvantajosa perante os empregados que detêm não somente o capital, mas, de modo geral, o conhecimento. Aliado a isso, a hipossuficiência dos empregados os obriga muitas vezes a aceitar empregos com condições sub-humanas por motivos de sobrevivência. Empregos, muitas vezes, que desrespeitam completamente a saúde e a segurança do trabalhador, em locais insalubres e perigosos ou sujeitos a funções desgastantes e enfadonhas.

3. COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO BRASILEIROS E NORTE AMERICANO

A qualidade de vida do trabalhador não é preocupação por parte de boa parte das empresas. A única coisa que pode garantir, de forma absoluta, a proteção do trabalhador é a lei e, obviamente a participação plena dos sindicatos. Quando se cogita abrir mão dos direitos assegurados ao trabalhador, como no caso do Brasil, é importante observar que a situação onde estes estão menos presente, a situação não é tão boa quanto é vendida.

No Brasil, a saúde e segurança do trabalhador são direitos constitucionais, previstos por Carta Magna desde a Constituição de 1934. Não poderia ser diferente com a Carta de 1988 que prevê em seu artigo 7º, inciso XXII a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. E no inciso XXIII, o adicional de remuneração para as atividades insalubres, perigosas e penosas. A legislação brasileira pertinente ao tema nas palavras de Raimundo Simão de Melo (2010) constitui um avançado arcabouço jurídico com relação não somente à prevenção do meio ambiente do trabalho, mas como nas reparações pelos danos causados à saúde do trabalhador. Diversos dispositivos protegem a saúde e a segurança do trabalhador no Brasil.

O principal destaque na proteção à saúde e segurança do trabalhador, no Brasil, são as Normas Regulamentadoras, editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. As normas coletivas, redigidas através de acordo ou negociação entre sindicatos e empregadores, também têm grande importância.

A Previdência Social, no Brasil, de caráter obrigatório, garante assistência previdenciária àqueles que sofreram acidente de trabalho. Este benefício garante dignidade ao trabalhador impossibilitado de trabalhar.

Além dos dispositivos legais nacionais, o Brasil é signatário de diversas convenções da OIT. De modo geral, o Brasil ratificou 82 convenções da OIT, de um total de 189. Enquanto isso, os Estados Unidos ratificaram somente 12, sendo que destas duas tratam de questões fundamentais, que é a Convenção n° 105 (abolição do trabalho forçado) e a Convenção n° 182 (que proíbe as piores formas de trabalho infantil).

O pequeno número de convenções da Organização Internacional do Trabalho firmado pelos Estados Unidos vem enfatizar a baixa intervenção do Estado e da União nas relações trabalhistas.

Nos Estados Unidos da América, como afirma Lewin G. Joel III (2001), o principal dispositivo legal regulamentando a saúde e segurança no trabalho é o Occupational Safety and Health Act (OSHA), de 1970. Porém, a aplicação de legislações federais, nos Estados Unidos está imbuída de grande complexidade e restrições.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, não há legislação centralizada que regula os direitos trabalhistas, ou qualquer outro direito. Para efeito de estudo, será utilizada como base o Occupational Safety and Health Act (OSHA), pois este é aplicado a todos empregados privados em empresas com negócios que reflitam em mais de um estado. De acordo com Joel III (2001), isso se aplica virtualmente a todos os empregados americanos.

O documento afirma, logo em seu início, que tem como intuito:

To assure safe and healthful working conditions for working men and women; by authorizing enforcement of the standards developed under the Act; by assisting and encouraging the States in their efforts to assure safe and healthful working conditions; by providing for research, information, education, and training in the field of occupational safety and health; and for other purposes.

Ou seja, o ato federal, não tão somente protege os empregados sujeitos à lei, mas como encoraja os estados, detentores da competência legislativa para regulamentar as leis trabalhistas para empregados dentro de sua jurisdição. Baseado nisso, diversos estados aprovaram leis regulamentando a saúde e a segurança do trabalhador.

Ocorre que os estados não estão obrigados a regulamentar. Nem todos os estados americanos tiveram legislação local aprovada pelo OSHA. Alguns estados com legislação aprovada pela lei federal somente a aplica a seus funcionários públicos, como é o caso dos estados de Nova Iorque e Connecticut.

Em caso de violação de leis relativas a segurança e saúde do trabalhador, o trabalhador americano deve protocolar uma reclamação confidencial perante as autoridades. Caso o empregador descubra que o empregado protocolou uma reclamação, ele está impedido de retaliar o empregado, pois este está simplesmente exercendo seu direito.

Caso o empregador retalhe o empregado com a sua despedida, este terá a possibilidade de ajuizar uma ação, caso queira, solicitando reintegração ao emprego além de indenização relativa aos salários perdidos e de caráter punitiva pelos danos, conforme pode ser observado na ação Reich vs. Cambridgeport Air Systems, Inc. (1994).

O trabalhador que sofrer acidente de trabalho possui o benefício previdenciário conhecido como Disability Benefits oferecido pela Social Security, a previdência americana.

A ausência de legislação dispendo do tema é amenizada, de certa forma, pela atuação dos sindicatos através de negociação com as classes patronais. Ocorre que, de acordo com Nascimento (2011), há uma pequena percentagem de trabalhadores sócios de sindicatos.

Não há empecilhos para que uma empresa adote, facultativamente, contratos coletivos negociados por outras empresas e seus respectivos sindicatos. Essa adoção pode ser motivada através de negociação direta entre empregados e empregador no próprio ambiente da empresa. Esse procedimento interno de diálogo é conhecido como greevance. (NASCIMENTO, 2011)

A situação do trabalhador, nos EUA, piora consideravelmente quando se trata de grupos minoritários ou em situação de risco social. Em documento elaborado pela Federação Americana do Trabalho e Congresso de Organizações Industriais (AFL-CIO), uma das maiores centrais operárias da América do Norte, constata que:

There were 749 fatal injuries among Latino workers, up from 707 in 2010. Sixty-eight percent of these fatalities (512 deaths) were among workers born outside the United States.

Logo, não obstante a parca proteção do trabalhador, os grupos em situação de risco social ainda estão em desvantagem. O motivo relevante, principalmente no que tange aos imigrantes, parcela significativa na classe trabalhadora americana é que:

Workers who are undocumented may be at particular risk facing abuse and exploitation and fearing retaliation if they raise concerns about unsafe working conditions.

Esta condição desvantajosa do imigrante, principalmente o clandestino que teme, além da perda de seu emprego, a sua extradição, permite que os empregadores abusem destes. A eles são oferecidos salários menores e condições de trabalho, muitas vezes, absolutamente precárias.

O problema não é exclusivo dos Estados Unidos. No Brasil, a despeito de maior regulamentação trabalhista, é comum a utilização de mão de obra de imigrantes ilegais oferecendo a estes terríveis condições de trabalho, muitas vezes sendo utilizados como escravos. Frequentemente a imprensa retrata casos de estrangeiros envolvidos em condições de trabalho desumanas no Brasil.

Isso leva a uma importante reflexão sobre a saúde e segurança do trabalhador. O que leva o trabalhador a aceitar as condições insalubres e inseguras aos quais são submetidos é uma complexa rede de medo, de desinformação e de necessidade.

O trabalhador depende daquele emprego para seu sustento. E, se aproveitando disso, há a criação de um ambiente de medo e de constante ameaça, mesmo que não tácita, de caso o empregado denuncie as suas condições precárias de trabalho, ele venha a ser demitido sumariamente.

O OSHA, nos EUA, protege, de acordo com Joel III (2001), os empregados de retaliação pelo empregador caso recuse trabalhar em um ofício que legitimamente considere inseguro. Considera-se inseguro ofício onde haja risco substancial de morte, doenças ou sério risco de danos físicos. E, para haver a proteção do OSHA, os riscos devem decorrer de violação regulamentar por parte do empregador.

As condições exigidas para legitimar a recusa ao trabalho são que: o risco deve ser evidente e reconhecível por quem possa desempenhar o ofício em questão; a situação seja tão urgente a ponto que não seja

possível eliminar o risco seguindo procedimento normal (uma reclamação perante os órgãos competentes) e, principalmente, que o empregado tenha solicitado ao empregador que o problema fosse resolvido e este se recusasse por não poder ou não querer.

No Brasil, o empregado tem, também, neste caso, a possibilidade de solicitar, perante juízo, a sua reintegração ao emprego e danos morais. A proteção contra a despedida arbitrária é uma lacuna legislativa no Brasil.

Os custos para o governo motivados por acidentes de trabalho são consideráveis. No Brasil, de acordo com o Ministério da Previdência Social, foram concedidos, em 2011, 323.378 benefícios urbanos acidentários. Esse número, obviamente, não inclui a grande massa trabalhadora que está às margens do sistema previdenciário. Nos Estados Unidos o custo decorrente de acidentes de trabalho e doença estão estimados em 250 a 300 bilhões de dólares ao ano.

Destarte, compreende-se que ambos os países, apesar da maior regulamentação trabalhista no Brasil, têm grandes desafios para efetivar a proteção ao trabalhador contra riscos à sua segurança e saúde no trabalho.

O sistema americano tem como maior vantagem permitir aos trabalhadores e empregadores negociarem o contrato e as condições de trabalho que melhor se adequem a ambas as partes. Ocorre que nem sempre isso é o que ocorre, deixando o trabalhador refém da ausência de leis o protegendo.

Por outro lado, no sistema brasileiro, legislado, conforme Amauri Nascimento afirma: "é impossível a descentralização das normas e condições de trabalho, para que se amoldem às exigências de cada situação concreta" (NASCIMENTO, 2011).

Neste sentido, há o questionamento sobre qual sistema é mais adequado para garantir a saúde e a segurança do trabalhador. Mas, como se trata, fundamentalmente, da vida humana e de sua manutenção, é impossível permitir qualquer violação mesmo que disfarçada de liberdade contratual.

O sistema americano pode, através de uma forte atuação sindical, vir a ser mais benéfico. Pois os trabalhadores teriam, assim, o condão de definir democraticamente as condições de segurança e salubridade laboral que mais lhe convém. Benefícios trabalhistas brasileiros, como os adicionais de periculosidade e salubridade, podem vir a ser concedidos através de negociação. Esse sistema fortalece o papel do sindicato como representante da classe trabalhadora. Não olvidando o trabalho desempenhado pelos sindicatos brasileiros na edição de normas coletivas.

Porém, vale lembrar que muitos trabalhadores não são filiados a sindicatos, seja no Brasil, seja, nos Estados Unidos. Há categorias de trabalhadores que não possuem sindicatos fortes ou representativos. Questiona-se o que fazer com esses trabalhadores. Não se pode cogitar deixá-los desamparados, obrigando-os sempre a judicializar a situação.

4. CONCLUSÃO

A lei deve oferecer a proteção necessária para garantir a dignidade do trabalhador. Deve impedir, a todo custo, condições insalubres ou perigosas de trabalho. Por outro lado, deve ser incentivada a participação dos sindicatos na construção das normas jurídicas e possibilitar aos trabalhadores uma maior representatividade, não somente no ambiente da empresa, mas como no ambiente legislativo.

REFERÊNCIAS

AMERICAN FEDERATION OF LABOR AND CONGRESS OF INDUSTRIAL ORGANIZATIONS. **Death on the job: The toll of neglect**. 22.ed. AFL-CIO: Washington, 2013.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?**. 15.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

BARROS, A.M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Constituição (1988).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Occupational Safety and Health Act, 1970**.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals. **Reich vs Cambrigdeport Air Systems, Inc.** 1st Cir. 26 F.3d 1187.

FRIEDMAN, L. W. **Law in America**. Nova Iorque: A Modern Library, 2001.

GALVÃO, V. Q. **EUA estão entre piores nos direitos trabalhistas**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2007/02/eua-estao-entre-piores-nos-direitos-trabalhistas/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

JOEL III, L. G. **Every Employee's Guide to The Law**. Nova Iorque: Pantheon Books, 2001.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, R.S. de. **Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2010.

NASCIMENTO, A.M. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL NO TRABALHO INTELECTUAL

HÉLIO DE OLIVEIRA CARDOSO FILHO

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador
 Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
 Especialista em Direito do Trabalho pela Juspodivm / Unyahna

Resumo: Este artigo tem por principal objetivo traçar alguns aspectos referentes à equiparação salarial no trabalho intelectual, a fim de se concluir acerca de sua possibilidade, ou não, em tais casos. Inicia-se o estudo trazendo-se à tona as questões referentes ao salário, enfatizando-se o princípio da igualdade e, conseqüentemente, o principal do salário igual, para trabalho de igual valor. Em seguida, são analisados os aspectos relativos ao instituto da equiparação salarial, especialmente no que se refere aos seus óbices e requisitos legais. Posteriormente, são traçadas algumas

características acerca do trabalho intelectual, especialmente sob o prisma da espécie de subordinação que é inerente aos empregados que o exercem. Depois, é traçada a relação direta entre a problemática da equiparação salarial no trabalho intelectual e o ônus da prova em ações nas quais ela é pleiteada. São ressaltadas as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, colhendo-se decisões oriundas dos Tribunais de todo o Brasil. Finalmente, conclui-se pela possibilidade de haver equiparação salarial entre empregados que exercem trabalhos intelectuais, salvo raras exceções.

Palavras-chave: Equiparação salarial; trabalho intelectual; ônus da prova; direito do trabalho.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade é um dos pilares de uma sociedade democrática de direito. No Ordenamento Jurídico Brasileiro, ele foi erigido à categoria de princípio constitucional, previsto não somente no preâmbulo, mas principalmente em diversos artigos da Carta Magna. Como não poderia ser diferente, o Direito do Trabalho sofreu, e ainda sofre as influências decorrentes da evolução do princípio da igualdade. Tal influência não se resume ao plano meramente principiológico, na medida em que ela assume proporções bastante concretas, já que são inúmeros os dispositivos constantes na legislação trabalhista, bem como na doutrina e na jurisprudência, que asseguram a igualdade aos trabalhadores em amplos aspectos, especialmente nas condições de trabalho e na retribuição pelos serviços prestados

Surgem, a partir daí, as bases principiológicas do instituto da equiparação salarial, previsto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. O referido dispositivo prevê que "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade". A leitura da previsão contida no texto celetista conduz à conclusão de que os critérios considerados, para que se assegure ao trabalhador o direito à isonomia salarial, são eminentemente objetivos.

Sucedem, todavia, que a enumeração de tais critérios termina por colidir, ainda que aparentemente, com o conceito de trabalhadores intelectuais. Esta colisão gera uma controvérsia doutrinária, já que ela conduz à precipitada conclusão de que aos trabalhadores intelectuais, em princípio, não é possível se aplicar a idéia de isonomia, com base no "trabalho de igual valor". Por trabalho intelectual se entende aquele que tem nuances próprias, que se esconde em sede de subjetividade, desenvolvido, por exemplo, por jornalistas, escritores, advogados, dentre outros. Tratam-se, portanto, de meras inspirações subjetivas diretamente ligadas ao grau de intelectualidade.

Nesta controvérsia, quanto a possibilidade, ou não, de aplicar-se aos empregados intelectuais as disposições celetistas referentes à equiparação salarial, bem como na divisão do ônus da prova concernente à matéria, é que repousa o objetivo do presente trabalho. Antes, contudo, de adentrar-se o cerne do estudo, o estudo da equiparação salarial demanda a necessidade de se conceituar salário e se explicitar alguns princípios que regem a sua dinâmica, e que fundamentam o instituto da equiparação salarial.

2. DO SALÁRIO

2.1 Conceito de salário

O conceito legal de salário encontra-se previsto no art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nos termos do referido dispositivo, "salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregado a todo trabalhador". Conclui-se, assim, que o legislador optou por adotar a teoria do salário como sendo uma contraprestação paga diretamente pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados.

2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM O SALÁRIO E QUE FUNDAMENTAM A EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Neste tópico serão abordados alguns princípios que regem a dinâmica salarial e que servem de fundamento para a equiparação, quais sejam: o princípio do justo salário; da livre estipulação e da isonomia.

O princípio do justo salário encontra as suas bases mais sólidas na teoria social da Igreja Católica, pela qual a idéia de salário justo estava próxima dos conceitos clássicos de Justiça. A idéia de salário justo era a de que este deveria atender integralmente as necessidades pessoais do empregado, e não condicioná-las à caridade do empregador. Assim, se o salário pago pelo empregador não atendesse, em sua íntegra, às necessidades do trabalhador, este estaria violando o ideal de Justiça amplamente propagado pela Igreja.

O princípio da livre estipulação, por sua vez, expressa a autonomia da vontade das partes na estipulação do valor e da forma do salário. Assim, ao iniciar uma relação de emprego, o empregador e o empregado têm o direito de estipular livremente o valor que será pago a título de retribuição. Vale salientar, contudo, que esta liberdade não é absoluta, visto que devem ser observadas as normas de proteção ao trabalho e o pagamento de um salário digno.

Finalmente, o princípio da Isonomia, também conhecido como princípio da igualdade salarial. Tal princípio é o fundamento basilar do instituto da equiparação salarial, e vem consagrado no art. 7º da Carta. Além disso, o referido princípio também deu origem a outro, qual seja o do salário igual, para trabalho de igual valor. No aspecto infraconstitucional, o princípio da isonomia e do salário igual, para trabalho de igual valor, viria a ser consagrado no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. A interpretação dos referido artigo representa o próprio estudo da equiparação salarial, e dos seus requisitos e limites, como se verá a seguir.

3. DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A equiparação salarial se materializa através de um procedimento mediante o qual determinado empregado busca equiparar-se a outro, ou seja, busca perceber o mesmo salário que o outro recebe, por desempenharem a mesma função. Para isso, entretanto, o empregado que busca tal equiparação precisa observar a existência de alguns requisitos que, no caso concreto, conduzem a idéia de igual trabalho. Tais requisitos encontram-se previstos no caput do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, transcrito na íntegra:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental

atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

Através da leitura do caput art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, podem-se extrair os requisitos do instituto da equiparação salarial quais sejam: que os empregados trabalhem para o mesmo empregador, na mesma localidade, que eles exerçam a mesma função, executando trabalho de igual valor. Observe-se que a própria Consolidação das Leis do Trabalho preferiu conceituar o que é o trabalho de igual valor, para fins de equiparação salarial. Assim, o parágrafo 1º do referido art. 461 do referido diploma versa que trabalho de igual valor é aquele executado "com igual produtividade e igual perfeição técnica". No que se refere à produtividade, esta se trata de critério quantitativo de trabalho. Ou seja, quanto maior a quantidade de trabalho, maior, por conseqüência, será a produtividade. Já a perfeição técnica, por sua vez, traduz um critério de qualidade. Assim, pode-se concluir que quanto maior é a qualificação do empregado para a realização de determinado trabalho, maior também será a perfeição técnica com que este é realizado, e, por conseqüência, o seu valor.

Por outro lado, os óbices à equiparação salarial são as situações nas quais o direito à equiparação não poderá ser exercido, ainda que presentes os requisitos anteriormente descritos. Assim, existem hipóteses nas quais dois ou mais empregados trabalhem para o mesmo empregador, na mesma localidade, desempenhando as mesmas funções, com igual perfeição técnica e produtividade, mas não lhes será assegurada a isonomia. Esses limites devem-se a expressa previsão contida no próprio art. 461, quanto às peculiaridades inerentes a cada um dos empregados, e que afastam o direito à equiparação salarial. Tais limites encontram-se descritos nos parágrafos 1º ao 4º do citado dispositivo legal, acima transcrito. Podemos, assim, concluir que se constituem em verdadeiros óbices ao direito à equiparação salarial a diferença de tempo de serviço superior a dois anos, a existência de quadro de carreira e a readaptação.

4. DO TRABALHO INTELECTUAL

Entende-se por trabalho intelectual aquele que exige de quem o exerce uma cultura diferenciada, seja esta científica, ou até mesmo artística. Dentre tais espécies de trabalhadores, pode-se citar, exemplificativamente, os médicos, os advogados, os artistas, os dentistas, os engenheiros, os jornalistas e os músicos.

Durante muito tempo, acreditou-se que existia uma incompatibilidade entre o exercício do trabalho intelectual e a relação de emprego, por se acreditar que, nos primeiros casos, a subordinação estaria sempre ausente. Sucede, entretanto, que com a evolução dos estudos doutrinários, passou-se a defender a idéia de que a subordinação, no contexto das relações de emprego, assume diferentes graus e matizes. Vale dizer, inclusive, que à medida que se intelectualiza o trabalho, diminui, em conseqüência, a idéia de subordinação atrelada à controle, já que aumenta a liberdade do trabalhador.

Deste modo, admite-se perfeitamente possível a existência de trabalhadores intelectuais que sejam empregados, porquanto integrem relações jurídicas que preencham todos os requisitos previstos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. De fato, já se encontra relativamente pacífica na doutrina a idéia de que a subordinação que une o empregado ao empregador é jurídica. Esta idéia de subordinação jurídica é perfeitamente traduzida na possibilidade de o empregador dar ordens ao empregado, para que esteja plenamente configurada a subordinação. Associando-se tal aceção ao quanto foi dito acerca de uma suposta incompatibilidade entre trabalho intelectual e relação de emprego, tem-se que a mesma não existe, já que, como visto, a subordinação é jurídica.

5. EQUIPARAÇÃO SALARIAL E TRABALHO INTELECTUAL

O estudo relacionado da equiparação salarial e do trabalho intelectual não prescinde de uma breve análise acerca do ônus da prova na equiparação salarial. De fato, toda a problemática envolvendo a questão da possibilidade, ou não, de haver equiparação salarial entre empregados que exercem trabalho

intelectual encontra-se centrada na questão do ônus da prova. Desta forma, antes de se adentrar na questão relativa à equiparação salarial no trabalho intelectual, serão traçadas algumas observações referentes ao ônus da prova na equiparação salarial como um todo.

5.1 ÔNUS DA PROVA DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O ônus da prova no Direito do Trabalho é questão que, por diversas vezes, suscita polêmica entre os doutrinadores da matéria. De fato, algumas vezes é bastante difícil de identificar, dentro da realidade de um processo, quem deve provar determinado fato, ou seja, quem possui o ônus da prova. Genericamente, a questão encontra-se prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 818, que determina que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Não obstante a inexistência de omissão no texto consolidado, o fato é que a norma prevista é bastante genérica e pouco elucidativa. Recorre-se, pois, à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, para se complementar as disposições constantes no texto consolidado. Preceitua o art. 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Assim sendo, pode-se afirmar que as disposições constantes no diploma legal transcrito aplicam-se no processo do trabalho, razão pela qual, em matéria trabalhista cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto cabe ao réu o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Vale ressaltar, que muitas vezes a jurisprudência trabalhista mitiga a regra legalmente prevista acerca do ônus da prova, admitindo a chamada inversão.

A inversão do ônus da prova é instituto que se admite no processo do trabalho, nos casos em que a extrema dificuldade em se provar determinado fato, pelo empregado, põe em risco determinado direito que lhe é assegurado. Trata-se, pois, de instituto criado em favor do hipossuficiente, já que possui, como base, a facilitação da defesa de seus direitos e interesses. Muito já se discutiu sobre a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Atualmente, a questão encontra-se relativamente pacífica, mormente quando se leva em consideração o quanto disposto no art. 852 – D da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 852-D - O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Pode-se afirmar, assim, que no processo trabalhista é ônus do reclamante provar os fatos constitutivos do seu direito, ao passo que é ônus do reclamado provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do reclamante, admitindo-se, entretanto, a inversão do ônus da prova, quando inexistem provas suficientes à formação do convencimento do julgador. As disposições aplicáveis ao processo do trabalho, no que se refere ao ônus da prova, são, obviamente, aplicáveis aos casos em que se pleiteia equiparação salarial. Não obstante, em se tratando de equiparação salarial, o problema referente ao ônus da prova irá se situar em relação ao que se considera fato constitutivo do direito do autor, ou fato

impeditivo, extintivo, ou modificativo do seu direito.

Assim, por fato constitutivo do empregado entendem-se aqueles fatos que irão lhe garantir o direito à equiparação salarial, ou seja, os seus requisitos. Considerando-se que a equiparação salarial será garantida aos empregados que trabalhem na mesma localidade, para o mesmo empregador, exercendo as mesmas funções e trabalho com o mesmo valor, tem-se que o ônus de provar tais requisitos, pelo menos em princípio, compete ao empregado. Por outro lado, os óbices à equiparação salarial, quais sejam a readaptação, a existência de quadro de carreira e a diferença de tempo de serviço superior a dois anos, constituem-se, em regra, fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do reclamante (empregado), pelo que cabe ao reclamado (empregador) o ônus de prová-lo.

A questão, entretanto, afigura-se muito mais complexa. Com efeito, a referida divisão do ônus da prova, levando em consideração os requisitos e os óbices da equiparação salarial, não é, e nem poderia ser, absoluta. Como foi afirmado anteriormente, admite-se a mitigação das disposições normativas referentes ao assunto, aplicando-se, concretamente, o princípio da inversão do ônus da prova, em favor do hipossuficiente.

Logo, em que pese a argumentação acima traçada, existe forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se atribuir ao empregado tão somente o ônus de provar a identidade funcional, presumindo-se, uma vez provada tal identidade, a ocorrência dos demais requisitos da equiparação salarial. Este posicionamento decorre da aplicação direta da inversão do ônus da prova, partindo do pressuposto de que, usualmente, quem é designado para trabalhar na mesma função de um colega de trabalho, o é, exercendo-a com a mesma produtividade e a mesma perfeição técnica. De fato, é muito mais fácil para o empregador, que detém o poder diretivo, comprovar que, em que pese o exercício de mesmas funções por determinados empregados, eles o fazem com diferente perfeição técnica e produtividade, ou ainda em diferentes localidades, e para diferentes empregadores.

Aplicando-se a inversão do ônus da prova, como necessidade de facilitar a garantia do empregado ao seu direito à equiparação salarial, entende-se que é seu somente o ônus de provar a identidade de funções. Por outro lado, cabe ao empregador, quando reclamado, o ônus de provar não só os óbices à equiparação salarial já explicitados no presente trabalho, mas também todos os fatos capazes de comprovar que não há identidade de funções, de localidade, de empregador, e de valor no trabalho efetuado pelos equiparandos. Neste sentido, colhe-se o seguinte julgado, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES. A prova da identidade de funções é suficiente à caracterização do direito à equiparação salarial. Na ausência de prova das alegações de divergência de perfeição técnica e de produtividade no trabalho dos equiparandos, prevalece o direito à equiparação salarial, pela similitude das funções. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT 9ª Região – Proc. 01191-2004-025-04-00-3 – Rel. Juiz Leonardo Meurer Brasil).

Conclui-se, assim, que na equiparação salarial ante à contestação da identidade funcional, é ônus do empregado prová-la. Por outro lado, cabe ao empregador o ônus de provar que o trabalho do autor é de valor desigual, realizado com diferente produtividade e perfeição técnica, para diferentes empregadores e em diferentes localidades, bem como que a diferença salarial justifica-se em função da diferença de tempo de serviço superior a dois anos, da existência de quadro de carreira e da readaptação, óbices à equiparação salarial.

5.2 ÔNUS DA PROVA NA EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE TRABALHADORES INTELECTUAIS

Tudo o quanto foi dito em relação ao ônus da prova na equiparação salarial, aplica-se quando esta gira em torno do trabalho intelectual. Deste modo, cabe ao empregado o ônus de provar a identidade de funções, enquanto cabe ao empregador o ônus de provar os óbices à equiparação salarial, bem como que inexistente a identidade funcional, de valor, de localidade e de empregador.

Sucedem, entretanto, que, em que pese a plena aplicabilidade das regras e posicionamentos na equiparação salarial pleiteada por trabalhadores intelectuais, algumas dificuldades advêm desta aplicação. Se por um lado é bastante fácil, para o empregador, provar alguns fatos que obstam o direito à equiparação salarial, por outro lado é bastante difícil a prova de que as funções iguais desempenhadas pelos trabalhadores intelectuais não possuem igual valor. Destarte, é bastante comum se alegar em sede de defesa que os equiparandos não fazem jus à equiparação salarial, somente pelo fato de eles desempenharem trabalho intelectual, o que, por si só, já obstará ao reconhecimento do direito pretendido.

É fato que há uma enorme dificuldade em se investigar a equiparação salarial no trabalho intelectual, e que tal dificuldade centra-se, em primeiro plano, na idéia de trabalho de igual valor. Não há dúvidas de que, na equiparação salarial, o ônus de provar que as funções não são desempenhadas com igual valor é do empregador, já que esta é a regra geral, conforme foi explicitado. Assim, a investigação deverá ser centrada em torno das hipóteses nas quais se alega a desigualdade de valor como um óbice ao direito à equiparação salarial dos empregados que efetuam trabalho intelectual.

A questão cinge-se a examinar se a igualdade de valor no trabalho intelectual é, realmente, um elemento de impossível aferição, ou se esta pode ser apurada através de elementos objetivos. A resposta a essa questão implica concluir-se pela possibilidade, ou não, de haver equiparação salarial entre trabalhadores intelectuais. Frente às controvérsias sobre o assunto, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento no sentido de ser perfeitamente possível haver equiparação salarial entre trabalhadores intelectuais, o que foi consolidado através do inciso VI da citada Súmula 06, nos seguintes termos:

Súmula nº 6. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

[...]

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 – DJ 11.08.2003)

Em que pese expresso posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, as dúvidas sobre o tema remanesceram, porquanto não restou explicitado o que viriam a ser esses critérios objetivos utilizados para se aferir a perfeição técnica nos trabalhos intelectuais. Em razão desta omissão, a mencionada Súmula é objeto de críticas, razão pela qual nem sempre ela é aplicada pelos Magistrados e operadores do direito. A divergência em torno da aplicabilidade, ou não, do inciso VII da Súmula 06 adquire relevo quando se leva em consideração a Jurisprudência oriunda dos diversos Tribunais Regionais do Trabalho ao longo do Brasil. É exatamente este o tema que se examinará no próximo tópico.

5.3 POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL NO TRABALHO INTELECTUAL

Inicialmente, há de se observar que, quando se leva em consideração a possibilidade de existir equiparação salarial entre empregados que exercem trabalhos intelectuais, tem-se em vista o trabalho intelectual como sendo aquele exercido com conhecimentos científicos ou artísticos específicos. Não há, no entanto, como se olvidar que os trabalhadores intelectuais podem ser analisados sob duas

vertentes, que coloca de um lado os trabalhadores intelectuais que exercem uma atividade mais próxima da ciência, e do outro, os que exercem uma atividade mais artística ou cultural. Portanto, tem-se que são genericamente chamados de intelectuais tanto os trabalhadores que detêm um conhecimento mais científico, a exemplo dos advogados, engenheiros, médicos e professores, quanto os que exercem atividades eminentemente artísticas, como por exemplo, os jornalistas, escritores, músicos e atores. Entretanto, levando-se em consideração que a jurisprudência costuma se utilizar, genericamente, da expressão trabalho intelectual, para designar todo o tipo de trabalho que demanda um conhecimento científico ou artístico maior, assim far-se-á ao se tratar do assunto no tópico em exame.

A problemática que envolve a questão referente à equiparação tem por base a idéia de trabalho de igual valor. Uma vez provada a identidade de função - ônus que compete ao empregado - é bastante comum existirem demandas nas quais o empregador busca afastar o direito à equiparação salarial, alegando tão somente que os equiparandos exercem trabalhos intelectuais, o que tornaria inviável a equiparação. Não obstante ser ônus do empregador a prova da referida distinção de valores, o fato é que muitas vezes os Juízes terminam por acatar a assertiva, e indeferir a pretensão à equiparação salarial, sem, ao menos, partir para a análise das provas constantes nos autos. É bem verdade que, em que pese toda a dificuldade em se aferir, concretamente, a igualdade de valores dos trabalhos intelectuais, a tarefa não é de um todo impossível. Por esta razão, aqueles que admitem a equiparação salarial nos trabalhos intelectuais terminam por tentar aferir, através da realidade fática, a possibilidade ou não de haver a equiparação salarial.

Obviamente que a investigação sobre a aplicação, ou não, do inciso VII da Súmula 06 do Tribunal Superior do Trabalho se dará no plano dos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o Brasil. Em razão das disposições constantes na referida Súmula, é praticamente pacífico no Tribunal Superior do Trabalho o entendimento quanto à possibilidade de haver a equiparação salarial entre empregados que exerçam trabalhos intelectuais. Por esta razão, não é raro encontrar-se uma infinidade de julgados relativos ao assunto, onde são reformados sentenças e acórdãos, para que se defira à pretensão ao reconhecimento da equiparação salarial. Neste sentido, colhem-se as seguintes decisões:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ARQUITETO. Não se encontra vedada a possibilidade de equipararem-se os salários dos trabalhadores cuja função seja fundamentalmente intelectual, como na presente hipótese, em que se discute o labor na área de arquitetura, na forma do entendimento jurisprudencial desta Corte, pois se pode aferir o trabalho de igual valor empregando-se critérios objetivos. Recurso de Revista conhecido e não provido. (TST-RR-559687 – 1999 – DJ 06.06.2003 – Min. Rider Nogueira de Brito).

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO INTELECTUAL. ADVOGADO. Segundo a jurisprudência dominante na Corte, inclusive por intermédio da SDI-Plena (AGERR 197754/95), preenchidos os requisitos legais elencados no art. 461 da CLT, é possível a verificação de equiparação salarial em se tratando de trabalho intelectual. Recurso de Embargos não conhecido. (TST-ERR-297742 – 1996 – DJ 07.06.2002 – Min. João Batista Brito Pereira).

Por outro lado, quando se leva em consideração os diversos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o Brasil, pode-se concluir que, mesmo tendo sido alvo de críticas, por não fornecer os critérios objetivos para a análise da equiparação salarial nos trabalhos intelectuais, o fato é que o inciso VII da Súmula 06 do Tribunal Superior do Trabalho tem sido constantemente aplicado. Nestes termos, encontram-se os seguintes julgados:

PROFESSOR. TRABALHO INTELECTUAL. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. POSSIBILIDADE - A doutrina vê com cautela a equiparação salarial entre empregados que exercem atividade intelectual, como a de professor, exercida pela postulante e o paradigma. No entanto,

o art. 461 da CLT não excluiu a equiparação salarial entre esses empregados, inclusive o próprio TST, como informa Valentim Carrion in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 31ª edição, "permitiu a equiparação de jornalistas" (fl. 327). (TRT 14ª Região – Proc. 00935.2005.404.14.00-0 – Rel. Juíza Vania Maria da Rocha Abensur).

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO INTELECTUAL. PRODUTIVIDADE - O fato de a reclamante exercer atividade de natureza "intelectual", como professora, não afasta a possibilidade de se aferir, através de critérios objetivos, se o serviço prestado era efetuado com a mesma perfeição técnica que a paradigma, valendo salientar que todo e qualquer trabalho executado carrega um traço distintivo da personalidade de quem o executa, sem que com isso possa justificar tratamento desigual a trabalhadores que executam o mesmo serviço, colhendo resultados semelhantes (Aplicação da OJ n° 298 da SDI-I do Colendo TST). (TRT 6ª Região – Proc. 00006.2003.221.06.00.2 – Rel. Juíza Zeneide Gomes da Costa)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (Exegese da Orientação Jurisprudencial n° 298 da SDI-1 do C. TST). (TRT 12ª Região – Proc. 01422-2004-014-12-00-1-RO – Rel. Juiz Geraldo José Balbinot)

Em que pese a maciça jurisprudência, admitindo a possibilidade de haver equiparação salarial no trabalho intelectual, aferindo a identidade de valores através dos elementos fáticos evidenciados pelas provas colhidas no processo, ainda é comum encontrar-se posicionamentos distintos. Assim, há os que defendem a completa impossibilidade de haver a equiparação salarial, indeferindo de plano a pretensão do empregado, situação nas quais sequer são apreciados os elementos fáticos que afloram da situação examinada. Colhem-se, no particular, os seguintes julgados:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL - TRABALHO INTELECTUAL - IMPOSSIBILIDADE. Tratando-se de advogadas, que desenvolvem trabalho intelectual, não há como se mensurar a igual produtividade e perfeição técnica entre a reclamante e a paradigma, requisitos indispensáveis para a equiparação salarial, conforme previsto no art. 461, § 1º, da CLT. Recurso a que se nega provimento, por unanimidade. (TRT 24ª Região – Proc. 00977-2001-777-24-00-5-RO – Rel. Juiz Ademir de Souza Freitas).

TRABALHO INTELECTUAL E ARTÍSTICO. EQUIPARAÇÃO IMPOSSÍVEL. A equiparação entre empregados que prestam serviços de natureza intelectual ou artística torna-se impossível, visto que a aferição do trabalho acaba permanecendo na esfera subjetiva de quem o avalia. (TRT 12ª Região – Proc. 01422-2004-014-12-00-1-RO – Rel. Juíza Maria Aparecida Caitano).

Por fim, ainda existem os que defendem, em princípio, a possibilidade de haver equiparação salarial entre empregados que exercem trabalhos intelectuais, excluindo-a, contudo, em determinadas situações. Nas lições de José Luiz Ferreira Prunes (1997, p.66), a equiparação salarial entre os trabalhadores intelectuais é, em princípio, perfeitamente possível, já que inexistente qualquer óbice legal. Não obstante, o referido autor defende que em determinados casos a equiparação torna-se impossível, principalmente no exercício de trabalhos de cunho eminentemente artístico, onde o nome do artista, ou profissional, assume um relevo maior, sendo este nome o fator exclusivo de sua contratação. Nas palavras do autor (1997, p.66):

Primeiramente, é de afirmar-se da incomparabilidade dos trabalhos de dois artistas, quando o valor pessoal de cada um é o fator de maior relevo. Note-se que aqui há liberdade no trabalho, ficando ao arbítrio de cada um a forma de execução. Nem mesmo se podem comparar artistas que trabalham em grupos (Laurell & Hardy, Groucho, Harpo, Zeppo & Chico Marx...) quando não perdem suas características próprias. Nos últimos tempos estamos assistindo – em termos mundiais e com julgamento de milhões de pessoas – a comparação (?) entre José Carreras, Plácido Domingo e Luciano Pavarotti...O sucesso dos três, num mesmo espetáculo, deve se atribuir, justamente à incomparabilidade.

Há de se frisar que o autor não descarta, por completo, a possibilidade de haver comparação entre artistas, mormente quanto estes fazem parte de um conjunto despersonalizado. Nas palavras de José Luiz Ferreira Prunes (1997, p. 67):

Noutra situação, distinta, podemos comparar dois artistas que fazem parte de um conjunto, despersonalizados, perdidos entre muitos outros empregados. Teríamos, assim, os figurantes das grandes orquestras, os cantores dos gigantescos corais ou até as coristas anônimas dos teatros de revista. Nestes a comparação é possível, pois não passam de uma parte de um conjunto homogêneo. Nestes casos é de citar-se, como forma notável de igualdade entre artistas, as famosas Rockettes que se apresentam no Rádio City Hall de Nova York, onde, justamente, a igualdade de desempenho é o coroamento para um espetáculo em que as roupas, a estatura, os movimentos e até a cor da pele são de uma igualdade impressionante.

Seguindo a orientação da mencionada doutrina, colhe-se a excelente decisão, oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região, que admitiu a equiparação, porquanto inexistia, na hipótese, qualquer óbice, por não gozar o paradigma de um maior prestígio pessoal:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. O só fato de o empregado exercer trabalho de evidente viés intelectual não serve como óbice ao acolhimento de pedido de equiparação salarial, porquanto a prestação de serviços, em situações que tais, pode ser aferida no sentido de perfeição técnica, nos termos do o 1º, do art. 461, da CLT. Pode-se cogitar de obstáculo neste sentido apenas quando resultar evidente que o paradigma possui maior prestígio no meio profissional, em vista da elevada participação em palestras, seminários, publicação de livros ou artigos, ou mesmo atuação no magistério, ou ainda por possuir mais elevada titulação acadêmica. No entanto, ainda assim, no plano dos fatos, afigura-se difícil constatar, em vista de seu caráter valorativo, logo, de alta carga de subjetividade, a diferenciação de perfeição técnica. É necessária que esta evidente superioridade de qualificação profissional tenha repercussão direta no contrato de trabalho, o que implica trabalho diferenciado para o empregador. O ônus da prova é do empregador, porquanto se trata de fato desconstitutivo do direito da parte adversa. Incidência do Enunciado n. 68 do C. TST. (TRT 9ª Região – Proc. 02013-2002-002-09-00-7–Rel. Juiz Celio Horst Waldraff)

Retratando-se o panorama jurisprudencial da equiparação salarial no trabalho intelectual, vislumbram-se três correntes. A primeira corrente, que é a dominante, admite a equiparação salarial nos trabalhos intelectuais, seguindo orientação do inciso VII da Súmula 06 do Tribunal Superior do Trabalho. A segunda corrente, minoritária, afasta de plano a possibilidade de existir equiparação salarial entre empregados que exercem trabalhos intelectuais, sem partir para uma análise minuciosa dos elementos fáticos da hipótese. A terceira corrente admite, em princípio, a equiparação salarial entre trabalhadores intelectuais, excluindo-a, entretanto, em determinadas hipóteses, nas quais o nome do empregado adquire um relevo excepcional, a ponto de ser este nome a própria razão determinante de sua contratação.

6. CONCLUSÃO

Em face de todas as posições doutrinárias e jurisprudenciais colhidas ao longo do presente estudo, conclui-se pela plena possibilidade de haver a equiparação salarial entre empregados que exercem trabalhos intelectuais. De fato, não há qualquer óbice legal ao reconhecimento de tal equiparação, sendo certo que a identidade de funções poderá ser, efetivamente, aferida através de critérios objetivos, evidenciados através da realidade de cada caso concreto. Por esta razão, em que pesem as críticas dirigidas ao inciso VII da Súmula 06 do Tribunal Superior do Trabalho, tem-se que a menção feita à critérios objetos, através dos quais poderá ser aferida a perfeição técnica do trabalho intelectual, tem por finalidade beneficiar o empregado, na medida em que expande as hipóteses nas quais é possível

que haja a equiparação salarial, em que pese o exercício de trabalho intelectual pelos empregados.

Acredita-se que somente os fatos trazidos ao processo, através das alegações das partes, e devidamente provados - atentando-se, neste particular, para as regras atinentes ao ônus da prova na equiparação salarial entre trabalhadores intelectuais - é que vão demonstrar, no caso concreto, se os empregados fazem, ou não, jus à equiparação salarial. Ultrapassada esta análise, e constatada a identidade de funções e a identidade de valores dos trabalhos exercidos pelos paradigmas, há de ser reconhecido o direito à equiparação salarial, nos termos do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, e da Súmula 06 do Tribunal Superior do Trabalho.

Sobreleve-se, por fim, que mesmo concluindo-se pela possibilidade de se equiparar empregados que exerçam trabalhos intelectuais, é fato que se admite somente uma raríssima hipótese na qual a mesma torna-se, efetivamente, inviável. Tal hipótese diz respeito aos trabalhos de cunho eminentemente artístico, quando o nome do artista empregado assume grande relevo, a ponto de ser este nome fato determinante da contratação. Nestes casos, tão somente nestes casos, ao contrário do que acontece com os demais trabalhadores intelectuais, defende-se a impossibilidade de haver equiparação, porquanto ser justamente a incomparabilidade do empregado o elemento determinante da sua contratação.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **Equiparação Salarial**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1980.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005.
- MARANHÃO, Délio, SUSSEKIND, Arnaldo, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima **Instituições de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTR, 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O Salário no Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1975.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. **Equiparação Salarial**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1977.
- _____. **Princípios Gerais de Equiparação Salarial**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003.

A AUSÊNCIA DE REPRISTINAÇÃO OBSTA A CONTINUIDADE DA APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 219 E 329 DO TST

LEONARDO PEREIRA MELO MIGUEL

Graduado em Direito pela Universidade Salvador (2009) e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (2012). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo do Trabalho. Advogado.

Resumo: Desde antes da Constituição Federal de 1988 que o Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento de que os honorários advocatícios sucumbenciais são incabíveis na Justiça do Trabalho. No entanto, o presente trabalho visa demonstrar que o jus postulandi pessoal das partes no Processo Laboral não retrata um acesso à justiça efetivo, além de não ensejar o impedimento do princípio da sucumbência nesta seara. E, em que pese ter havido outrora a existência da assistência judiciária gratuita

sindical, fundamento principal do entendimento consubstanciado pela Corte Superior Trabalhista em suas Súmulas sobre o assunto em voga, não pode continuar havendo a Repristinação de normas anteriormente vigentes, haja vista que prevalece no ordenamento jurídico pátrio a regra de que a lei anteriormente revogada não volta a ter vigência com a revogação da norma que a revogou. Neste diapasão, embora haja uma tendência de mudança legislativa para prever expressamente que se aplica à Justiça do Trabalho os honorários sucumbenciais, o próprio Tribunal Superior do Trabalho não precisa esperar que estas ocorram, pois possui fundamentos suficientes para revisar seu posicionamento consolidado sobre o tema.

Palavras chave: Direito Processual do Trabalho; Honorários Advocatícios; Jus Postulandi; Assistência Judiciária Gratuita Sindical; Repristinação.

ABSTRACT: Since before the 1988 Federal Constitution, the Supreme Labour Court has an understanding that the "loser pay" system is not applicable to the Labour Court. However, this article aims to demonstrate that the jus postulandi staff in the Labour Court does not portray effective access to justice, and does not justify the inapplicability of the principle of defeat in this endeavor. And, despite having existed in the past the free legal aid union, which is the main foundation to support the principle embodied by the Superior Labor Court on the subject in vogue, there is no reason to continue reinstating the rules previously in effect, given that prevails in the national legal system the rule that the law previously revoked does not revert to its original effect due to the repeal of the rule that caused its repeal. In this vein, although there is a tendency for legislative change to provide explicitly that the defeat fees apply to the Labour Court, the Superior Labour Court itself does not need to expect these changes to occur, because it has sufficient arguments to review its position on the matter.

Key words: Labour Process Law; Attorney's fees; Jus Postulandi; Free Legal Aid Union; Repristination.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 AS SÚMULAS 219 E 329 DO COLENDO TST; 3 O JUS POSTULANDI NO PROCESSO DO TRABALHO; 3.1 O jus postulandi não impede a aplicação do princípio da sucumbência; 3.2 O jus postulandi não retrata um acesso à justiça efetivo; 4 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA SINDICAL; 5 A AUSÊNCIA DE REPRISTINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 5.1 A previsão legal da ausência de Repristinação; 5.2 O conceito de Repristinação; 5.3 A ausência de Repristinação como impedimento para continuidade da aplicação das Súmulas 219 e 329 do Colendo TST; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Há muito se tem discutido sobre a aplicabilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais no Direito Processual do Trabalho, tendo culminado com a elaboração da Súmula 219 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação originária data de 26 de setembro de 1985, portanto antes mesmo da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em que pese a edição do posicionamento consolidado acima mencionado, a discussão sobre o assunto ficou longe de ter sido encerrada, ao passo que muitos sustentaram que o artigo 133 da Carta Magna teria dirimido tal celeuma, o que também não foi aceito pela Corte Superior Trabalhista, levando esta a editar em 04 de janeiro de 1994 a Súmula 329, mantendo o entendimento anterior de inaplicabilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais na seara laboral.

Então, os advogados trabalhistas, inconformados com o entendimento da Egrégia Corte Máxima Laboral, passaram a sustentar diversos outros argumentos, a exemplo do artigo 22 da Lei 8.906/1994, conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, teria inserido a autorização necessária para que houvesse a mudança de pensamento enraizada ao longo dos anos.

Além deste, fundamentaram ainda mais recentemente que o artigo 389 do Código Civil teria trazido a possibilidade de pagamento indenização pelos gastos com advogado da parte vencedora, sem que se tratasse de honorários sucumbenciais, numa tentativa clara de não cair nos entendimentos pacificados através das Súmulas 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, a Egrégia Corte Superior Trabalhista não aceitou nenhum dos novos argumentos expostos pelos advogados laborais, mantendo plenamente o posicionamento da impossibilidade de pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais na esfera trabalhista.

Desse modo, não bastasse a prática processual e as inúmeras tentativas dos advogados de tentar reverter o posicionamento arraigado do Pretório Máximo Trabalhista, a Ordem dos Advogados Trabalhistas sempre apoiou e tentou acelerar a rápida tramitação de alguns projetos de leis sobre o tema, encontrando ainda mais dificuldades no campo político.

Dentre eles, podem-se exemplificar os Projetos de Lei números 3.392/2004 e 4.963/2005, apensados na Câmara dos Deputados Federais, ficando o primeiro como principal, e que levaram o número 33/2013 ao chegar ao Senado Federal.

Neste contexto, embora a louvável batalha da Ordem dos Advogados do Brasil para aprovação dos Projetos de Lei anteriormente ditos, como forma de sanar definitivamente a questão, o presente artigo analisa criticamente a legislação e suas respectivas alterações como forma de demonstrar que a Corte Superior Trabalhista possui argumentos suficientes para a revisão de suas Súmulas 219 e 329, aplicando os honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça Laboral, sobretudo, pela ausência da Repristinação no ordenamento jurídico pátrio.

2. AS SÚMULAS 219 E 329 DO COLENDO TST

Da leitura das Súmulas 219 e 329 do Pretório Superior Laboral, constata-se que os honorários advocatícios sucumbenciais trabalhistas somente são possíveis nas hipóteses em que a parte esteja assistida pelo respectivo Sindicato da Categoria Profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou se encontrar em situação econômica que não permita demandar em juízo sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Além destas, é possível que haja a condenação nas hipóteses em que derivem de relação de trabalho e em Ações Rescisórias. Observe-se a seguir a transcrição da Súmula 219 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova 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 nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)
II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.
III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como

substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

Veja-se também o teor da Súmula 329 do mesmo órgão, que apenas corrobora a anterior, in verbis:

SÚMULA 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.

Em outras palavras, confirmando e esclarecendo os requisitos para a condenação da verba honorária advocatícia no Processo do Trabalho, o Excelso Tribunal Superior do Trabalho ainda editou também a Orientação Jurisprudencial 305 da Seção de Dissídios Individuais I, cuja redação original remonta a 11 de agosto de 2003, sendo ainda o seu texto atual, in verbis:

OJ SDI-I 305. 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.

Neste diapasão, o entendimento exposto pela Corte Superior Laboral é o de que a condenação de tal verba não decorre pura e simplesmente da sucumbência, e sim da presença do benefício da justiça gratuita cumulado com a assistência judiciária gratuita prestada pelo Sindicato de Classe.

Por fim, cumpre mencionar que, implicitamente, com a edição das Súmulas 219 e 329, o Colendo Tribunal Superior Trabalhista entende que na Justiça do Trabalho ainda persiste o jus postulandi pessoal das partes, nos exatos termos do art. 791 do Consolidado Laboral, o que também impede a condenação na verba honorária de advogado.

3. O JUS POSTULANDI NO PROCESSO DO TRABALHO

Considerando que, implicitamente, com a edição das Súmulas 219 e 329, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho entende que no Direito Processual Trabalhista ainda persiste o jus postulandi pessoal das partes, nos termos do art. 791 da Norma Consolidada, resta também por este fundamento impedida a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Nas lições de Carlos Henrique Bezerra Leite, no âmbito processual trabalhista, o jus postulandi pessoal “é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representados por advogado.”.

É importante ressaltar que somente empregados e empregadores, isto é, quando houver relação empregatícia, é que as partes poderão postular pessoalmente, já nos casos em que há relação de trabalho permanece a exigência das partes estarem representadas em juízo por um advogado, tendo nesta como consequência a possibilidade de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Dessa maneira, já que as partes podem ajuizar pessoalmente as ações, constitui-se uma faculdade de empregados e empregadores efetuar a contratação de um advogado para patrocinar a causa.

Em outras palavras, se uma das partes decidiu por contratar um advogado para defender os seus interesses em juízo, apesar de não estar obrigada a fazê-lo, como já dito acima, não pode a parte adversária ser compelida a arcar com os honorários advocatícios da outra. Do mesmo modo, indica Jorge Luiz Souto Maior que é evidente que, quando as partes não estiverem se utilizando das mesmas armas processuais, devem receber tratamento distinto, assim, quando o empregado ou o empregador estiver sob os auspícios do jus postulandi pessoal não poderá se falar em honorários advocatícios sucumbenciais.

Por isso, no caso em que uma das partes está postulando pessoalmente, a outra, mesmo que acompanhada por advogado, não poderá ser compelida ao pagamento de tal despesa processual, uma

vez que esta verba, como o próprio nome já diz, se dá em razão dos serviços advocatícios prestados no processo. Por óbvio, que se uma das partes escolheu não possuir advogado constituído nos autos, não haverá como a adversária ser condenada em tal verba.

Outrossim, embora o referido dispositivo celetista mencione que empregados e empregadores podem pessoalmente reclamar e acompanhar os seus processos na Justiça do Trabalho, a própria Corte Superior Trabalhista dando-lhe uma interpretação restritiva, sustentou que nas instâncias extraordinárias não é possível as partes atuarem sem a presença de um advogado, por graves e notórios inconvenientes às próprias partes e à administração da Justiça, sem especificar quais seriam estes inconvenientes.

Observe-se em seguida a ementa deste julgado:

Ementa: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. -JUS POSTULANDI-PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

1. A capacidade postulatória assegurada às partes no art. 791 da CLT não é absoluta, por seus graves e notórios inconvenientes às próprias partes e à administração da Justiça.
2. Sob um prisma psicológico, sem o concurso do advogado, a parte louva-se do processo para um desabafo sentimental pouco produtivo; obcecada pela paixão e pelo ardor, não tem, como regra, a serenidade para captar os pontos essenciais do caso para melhor resguardo dos seus interesses, ao passo que o advogado, sem rancores pessoais, garante uma defesa mais persuasiva e eficaz.
3. O -jus postulandi- das partes não subsiste em relação aos recursos interpostos no TST ou dirigidos ao Tribunal Superior do Trabalho, em que sobressaem aspectos estritamente técnico-jurídicos, máxime nos recursos de natureza extraordinária.
4. Inadmissível recurso de embargos dirigido à SDI do TST se firmado pela própria parte sem que disponha de capacidade postulatória para pleitear em juízo em causa própria.

Em outras palavras, a Lei permite às partes do Processo Trabalhista que ajuízem as reclamações pessoalmente, mas a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho veda esta possibilidade nas instâncias extraordinárias, o que é o caso na maioria das vezes dos Recursos de Revista de tramitação nesta própria Corte.

Então, em que pese este órgão judicante implicitamente entender que o *jus postulandi* impossibilita o pagamento de honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, tal capacidade postulatória por si só não o inibe, uma vez que, conforme salientado supra, a outra parte não poderá ser condenada, deixando somente às hipóteses em que as duas partes estiverem acompanhadas por advogado.

Não obstante alguns juristas, como Carlos Nazareno Pereira de Oliveira, terem sustentado que o art. 133 da Constituição Federal, que trata da indispensabilidade do advogado para administração da Justiça, não ter recepcionado o art. 791 da Norma Consolidada, e com isso retirado a previsão do jus postulandi pessoal das partes no Processo do Trabalho, prevaleceu a tese do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso Antonio Bandeira de Mello prolatada na decisão do Habeas Corpus n. 67.390-2-PR, esclarecendo que a indispensabilidade do causídico deve ser vista no sentido de que é imprescindível na composição das cortes da Justiça e no processo de escolha dos membros dos tribunais pelo quinto constitucional (art. 94 da Carta Magna) e na necessidade de sua participação nos concursos públicos para o cargo de juiz substituto (art. 93, I, da Constituição Federal) e do Ministério Público (art. 129, § 3º, da Norma Superior).

Destaque-se que com o advento do art. 1º, I, da Lei 8.906/94, teria havido a revogação tácita do art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, haja vista que consistia em Lei especial e posterior.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, suspendeu liminarmente a eficácia do referido dispositivo do estatuto e julgou o mérito definitivamente em 2006, declarando inconstitucional o termo "qualquer". E, por conseqüência, como ensinam Raymundo Antonio Carneiro Pinto e Sergio Pinto Martins, foi mantida a vigência da capacidade postulatória pessoal prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Além disso, vale frisar que o presente instituto processual concedido às partes está cada vez mais em desuso, sendo uma exceção, uma vez que a regra, em verdade, tem sido a representação em juízo mediante um causídico, conforme posicionamento de Ophir Cavalcante Junior.

Nesta senda, apesar do Colendo TST entender implicitamente que permanece em vigor o jus postulandi pessoal de empregados e empregadores, através da previsão constante do art. 791 da CLT, tal fato por si só não impede a aplicação dos honorários de sucumbência.

3.1 O jus postulandi não impede a aplicação do princípio da sucumbência

Os honorários advocatícios sucumbenciais decorrem da existência do princípio da sucumbência, presente no Direito Processual Civil, mas que não está previsto expressamente no Direito Processual do Trabalho, mas há de se admitir a sua existência pela interpretação de outras normas do ordenamento jurídico.

A sucumbência é a obrigação que a parte vencida tem de arcar com as despesas processuais, dentre elas, os honorários advocatícios, e é inerente ao Direito Processual Civil, no qual há previsão expressa nos arts. 20 e 36 do Código de Processo Civil.

Já no âmbito trabalhista, como bem esclarece Jorge Luiz Souto Maior, o princípio em questão está presente: primeiro, porque tanto a improcedência de todos os pedidos sujeita o reclamante ao pagamento das custas processuais, como a improcedência do pedido em que houve a necessidade de realização de prova técnica também sujeita a parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais; segundo, pois o fundamento básico da prestação jurisdicional justa está no fato de que a parte em que teve razão não pode ser penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se este para a parte perdedora.

A primeira justificativa apontada pelo doutrinador acima pode ser confirmada através do art. 789, 1º, do Consolidado Trabalhista, no qual prevê o pagamento das custas processuais a cargo do vencido, seja ele o empregado ou o empregador, e a segunda pelo art. 790-B do mesmo diploma, que prevê que a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia é a responsável pelo pagamento dos honorários periciais, salvo se beneficiária da justiça gratuita.

Contudo, como a única previsão expressa sobre o assunto são aquelas dos arts. 14, § 1º, e 16 da Lei n. 5.584/70, entendeu o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, através de suas Súmulas 219 e 329, ambas já mencionadas no presente trabalho, que o direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais não se dá em função somente do princípio da sucumbência, haja vista que este na Justiça do Trabalho somente funciona quando o empregado está assistido pelo sindicato profissional da respectiva categoria e demonstrar que percebe salário inferior ao dobro do mínimo legal ou não puder demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

Porém, tal entendimento merece a crítica oferecida pelo jurista Jorge Luiz Souto Maior, posto que:

Os textos legais (arts. 14 e 16, da Lei nº 5.584/70 e art. 791, da CLT) não desautorizam, expressamente, a condenação em honorários quando o reclamante for assistido por advogado particular. A ilação neste sentido é plenamente injustificável sob o prisma interpretativo, pois que confere uma ampliação ao texto legal sem o menor fundamento.

Em outras palavras, os dispositivos supracitados da Lei n. 5.584/70 não vedam a possibilidade da sucumbência no Direito Processual do Trabalho quando o empregado contratar advogado particular, mas tão somente disse que os honorários advocatícios de sucumbência pertencem ao sindicato, em caso de assistência judiciária gratuita deste, devendo ser feita pelo operador do direito uma interpretação restritiva como mandam as normas de hermenêutica.

Ademais, os arts. 3º, § 3º, e 5º, da Instrução Normativa 27/2005 do próprio Excelso Tribunal Superior Trabalhista, preveem a existência do princípio da sucumbência trabalhista no que tange às lides decorrentes da relação de trabalho, excluídas as de emprego, por mera sucumbência da parte adversária.

Dessa maneira, reporta o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite que:

Vale dizer, se os sujeitos da lide não forem empregado ou empregador não poderão, em linha de princípio, exercer o *ius postulandi*. Logo, para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego a representação das partes por advogado passará a ser obrigatória. [...]

Ora, se para fins de pagamento de custas e honorários advocatícios nas ações não oriundas da relação de emprego é aplicável o princípio da sucumbência recíproca inerente ao processo civil, então a presença do advogado torna-se obrigatória em tais demandas, pois o “dever de pagar honorários pela mera sucumbência” pressupõe a presença do advogado, já que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado (EOAB, art. 23).

Há quem ouse discordar ainda assim da existência do princípio em análise no Direito Processual do Trabalho, como Manoel Antonio Teixeira Filho, visto que sustenta o seguinte:

Segue-se que resolvido ao processo do trabalho repugna a incidência do princípio da sucumbência, consagrado pelo art. 20, do CPC. [...] Deixamos clara, em linhas anteriores, nossa opinião quanto à incompatibilidade do princípio da sucumbência com o processo do trabalho, seja quanto às lides oriundas de relação de emprego, seja quanto às provenientes de relação de trabalho.

Outrossim, a própria Súmula 219, II, da Egrégia Corte Superior Laboral, recentemente alterada, também já admite a possibilidade de aplicação do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho, com a consequente condenação em honorários advocatícios sucumbenciais na Ação Rescisória, revelando assim a tendência da mudança de pensamento desta sobre o assunto em voga.

Portanto, vê-se que há previsão do princípio da sucumbência com relação às custas processuais e aos honorários periciais, embora não haja previsão expressa acerca do princípio da sucumbência no Direito Processual do Trabalho no que tange aos honorários de advogado, há o entendimento de que há previsão tácita a respeito, já que a legislação pertinente não veda tal possibilidade, bem como o próprio Colendo Tribunal Superior do Trabalho já começa a modificar o seu entendimento sobre a matéria, reconhecendo claramente a existência do princípio da sucumbência nas lides decorrentes da relação de trabalho e na Ação Rescisória.

3.2 O jus postulandi não retrata um acesso à justiça efetivo

Outro ponto que há de se ressaltar é o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, já que traz o princípio do acesso à justiça como direito fundamental.

Para os doutrinadores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça é o direito de ação para a defesa de direitos individuais e coletivos ou a ameaça de algum deles.

Na esfera trabalhista, Carlos Henrique Bezerra Leite sustenta que o acesso à justiça do cidadão deve se dar de forma efetiva ao Poder Judiciário, tanto individual, como coletivamente.

Noutras palavras, o texto constitucional vislumbra que não basta o ordenamento jurídico fornecer meios e procedimentos para que o cidadão alcance à justiça, mas, deve sim, proporcionar a que esta seja alcançada no sentido material.

Por isso, a corrente a favor do jus postulandi pessoal na Justiça do Trabalho sustenta que o art. 791 da Norma Consolidada seria a materialização do princípio constitucional e direito fundamental do acesso à justiça, permitindo que empregados e empregadores possam reclamar e acompanhar até ao final as suas ações.

Entretanto, Amauri Mascaro Nascimento observa que, pela dificuldade e complexidade processual,

desde muito tempo atrás, os cidadãos confiam aos profissionais qualificados à condução dos seus interesses, veja-se:

O processo é uma unidade complexa de caráter técnico e de difícil domínio, daí porque o seu trato é reservado, via de regra, a profissionais que tenham conhecimentos especializados e estejam em condições de praticar os atos múltiplos que ocorrem durante o seu desenvolvimento. A redação de petições, a inquirição de testemunhas, a elaboração de defesas, o despacho com o juiz, o modo de colocação dos problemas exigem pessoa habilitada, sem o que muitas seriam as dificuldades a advir, perturbando o normal andamento do processo. Em consequência, as manifestações das partes no processo, desde tempos remotos, são confiadas a profissionais denominados procuradores, ou defensores, ou advogados, além de seus auxiliares, que são os estagiários, antigamente denominados solicitadores.

Ou seja, de há muito que as pessoas se utilizam de advogados, pois a técnica processual é complexa e extensos são os seus desdobramentos, que, na maioria das vezes, o cidadão comum e leigo não consegue decifrá-las com uma simples leitura.

Ademais, as partes se veem aturridas emocional e psicologicamente por força da litigiosidade da demanda, no afã de quererem mostrar ao juiz que estão corretas, agem descontroladamente, sem a serenidade que é necessária para captar os pontos essenciais do caso jurídico em que se encontra inserida e expor as suas razões de modo tranquilo e ordenado, ao contrário do que ocorre quando há a presença de um causídico, posto que, abstraído da perturbação emocional, possui mais condições de escolher e selecionar os argumentos aptos à melhor defesa e com o intuito de convencer o magistrado.

Assim, nos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, “Do ponto de vista técnico, a importância do patrocínio é paralela à progressiva complicação das leis escritas e à especialização cada vez maior da ciência jurídica.”.

Como bem destaca Alexandre Vieira Câmara: “O reclamante, por exemplo, que ajuíza reclamação trabalhista sem advogado agrava mais ainda seu desnível em relação ao empregador, e dificilmente terá habilidade técnica para refutar preliminares e desincumbir-se do difícil mecanismo do ônus da prova.”.

A título de exemplo, uma das maiores dificuldades de ambas as partes, seja empregado ou empregador, seria o ônus da prova. Dessa maneira, muitos advogados, teoricamente, aptos para tanto, não conseguem decifrar sobre quem recai o ônus da prova durante a instrução processual e se perdem na audiência sobre o que efetivamente precisaria ou não provar, quem dirá as partes, que não sabem nem que existe esse ônus.

Outrossim, não se pode perder de vista que a presença do advogado facilita e acelera o andamento dos feitos, uma vez que os juízes, ao invés de lidarem diretamente com as partes, entram em contato com aqueles que possuem o domínio da técnica processual e procedimental, como acrescenta Amauri Mascaro Nascimento.

Dessa forma, não adianta a Constituição Federal prever que o acesso à justiça deva ser efetivo, mas tem de ocorrer na prática, como elucida Jorge Luiz Souto Maior, para isso, significa “[...] fornecer os meios concretos para que o jurisdicionado atinja a ordem jurídica justa.”, que é o patrocínio da causa por um advogado, sem que a parte se utilize do jus postulandi pessoal.

E, ainda, não há que se falar em prejuízo financeiro ou pecuniário de uma parte face à sua adversária caso venha a ser sucumbente e condenada em honorários advocatícios, haja vista que está autorizada a usufruir dos benefícios da assistência judiciária gratuita e da gratuidade da justiça, o que a isentaria de qualquer pagamento relativo às despesas processuais, como ressalta Alexandre Vieira Câmara.

Portanto, também por uma questão de realização material efetiva do princípio do acesso à justiça, não deve ter em conta, sobre o pretexto do jus postulandi pessoal, que a parte desacompanhada de advogado irá conseguir alcançar aquilo a que tem direito, mas, em verdade, se sairá muito melhor com o patrocínio de um técnico do direito.

4. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA SINDICAL

O teor das Súmulas 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ambas já mencionadas, deixa claro também que este se baseia na existência do instituto da assistência judiciária gratuita sindical para impedir a aplicação dos honorários sucumbenciais no Direito Processual do Trabalho.

Destarte, entende o supracitado órgão que, para o deferimento de tal verba, faz-se necessária a presença de dois requisitos concomitantes, quais sejam: a) estar a parte assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Então, de logo, se conclui que o empregador jamais poderá receber honorários advocatícios sucumbenciais, mas tão somente poderá arcar com o pagamento se o empregado atender aos requisitos apresentados.

Este entendimento é originário da Corte Superior Trabalhista e decorre da interpretação dos arts. 14 e 16 da Lei 5.584/1970, conforme esclarecido anteriormente. Portanto, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, tal entendimento bastante antigo desta Corte, que perdura até os dias de hoje, obviamente com sinais de mudanças, como dito anteriormente, está inserido numa época em que a Constituição Federal previa que os sindicatos das categorias exerciam funções delegadas pelo Estado, não havendo assim autonomia plena, compelindo, inclusive, a estes a prestarem assistência aos não sindicalizados.

Vale dizer também que tal fato é bastante justificável se for observado o contexto histórico em que estava inserido, pois, considerando o que dispõe o art. 16 da Lei 5.584/1970, verifica-se que os referidos honorários pertenciam ao sindicato, e não ao advogado, justamente por se tratar de uma obrigação imposta pelo Estado à instituição sindical dos trabalhadores. O Estado naquela época não tinha condições administrativas e financeiras para proporcionar aos trabalhadores uma assistência jurídica gratuita.

Entretanto, é de grande relevância notar que tal obrigação imposta aos sindicatos de trabalhadores foi retirada pelos arts. 5º, LXXIV, e 134, caput, todos da Constituição Federal, haja vista que transferiu ao Estado o dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não tiverem condições de arcar com os custos de um processo em todos os graus.

Ademais, o art. 8º, incisos I e III, da Carta Magna, estabelece que é vedado ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, bem como que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da respectiva categoria administrativa ou judicialmente, podendo funcionar assim como substituto processual.

Outro não é o pensamento preconizado por Ophir Cavalcante Junior, quando relata que:

Se essa é única norma trabalhista que cuida de honorários advocatícios no processo do trabalho, obviamente não se pode dizer que a CLT contemple a questão da sucumbência de forma geral e efetiva, mesmo porque a Lei 5584/70 foi editada em momento histórico outro em que não havia sido promulgada a CF/1988, na qual se previu que cabe ao Estado prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) e não se conferia aos Sindicatos liberdade e autonomia plenas (art. 8º.). Efetivamente, a partir da CF/1988 o Sindicato deixou de exercer funções delegadas do Estado, passando a ter autonomia plena, não se justificando, assim, dele ser exigido que preste, por exemplo, assistência jurídica obrigatória a todos os trabalhadores, inclusive aos não sindicalizados. Neste aspecto, o art. 8º., III, da CF diz caber a ele a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, ou seja, confere ao Sindicato legitimidade para, na condição de substituto processual, defender os interesses da categoria, não lhe impondo, no entanto, a prestação de um serviço obrigatório de assistência jurídica, mesmo porque se assim o fizesse estaria contrariando, ao mesmo tempo, o princípio de que cabe a ele (Estado) o dever de prestar

assistência judiciária gratuita a quem for pobre no sentido da lei (art. 5º., LXXIV) e o princípio da liberdade e autonomia das entidades sindicais (art. 8º. da CF).

Nesse contexto é que se situa a única norma da Lei 5584/70, mais exatamente o artigo 16 que cuida dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, o que reafirma não haver na CLT ou em qualquer outra legislação trabalhista esparsa a disciplina da sucumbência na Justiça do Trabalho.

[...]

Verifica-se, portanto, que além de não haver norma legal que cuide integralmente da matéria na CLT, a única disposição que falava de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho vinculando-a à assistência jurídica pelo Sindicato, não foi recepcionada pela CF/1988, o que remete à aplicação do disposto no art. 769 da CLT à hipótese, ensejando que o princípio da sucumbência previsto no CPC seja aplicado aos processos do trabalho.

A jurisprudência da 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região assim reconheceu o argumento ora apresentado, in verbis:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS. São devidos os honorários assistenciais pela aplicação da Lei nº 1.060/50, porquanto a manutenção do monopólio sindical da assistência judiciária, nos termos da Lei nº 5.584/70, afronta a disposição do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF. Declaração de insuficiência econômica juntada com a petição inicial. Recurso desprovido.

Desse modo, com a chegada da Constituição Federal de 1988, esta não recepcionou os dispositivos supra transcritos da Lei 5.584/1970, deixando a cargo da Consolidação das Leis do Trabalho o trato da matéria, mas esta também não o fez por muito tempo, consoante será em seguida delineado.

A Lei 10.288/2001 inseriu no art. 789, o parágrafo 10, prevendo exatamente o que dispunha o art. 14 e seu § 1º da Lei 5.584/1970. Todavia, a Lei 10.357/2002 deu nova redação ao art. 789 do Consolidado Laboral, nada tratando a respeito da assistência judiciária gratuita, nem sequer uma linha sobre o tema.

Ou seja, com a edição da Lei 10.288/2001 houve a revogação tácita dos dispositivos da Lei 5.584/1970 no que tange à assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos e aos honorários advocatícios sucumbenciais. Ao passo que, com a edição da Lei 10.357/2002, atualmente em vigor, houve a revogação tácita também da mencionada Lei 10.288/2001 e o seu parágrafo 10 que tinha sido acrescido ao art. 789 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Com isso, tais institutos deixaram de ser previstos na legislação processual trabalhista, o que conduz a possibilidade de se fazer valer então o art. 20, caput, do Código de Processo Civil, de forma subsidiária, pela autorização do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apesar de alguns doutrinadores, como, por exemplo, Ophir Cavalcanti Junior e Jorge Luiz Souto Maior, entenderem que poderiam se aplicar também os arts. 389 e 404, ambos do Código Civil, mesmo que subsidiariamente, há que se discordar no particular, pois os honorários advocatícios sucumbenciais somente se dá no Direito Processual, seja em que esfera for, ao passo que a previsão dos dispositivos anteriores, em verdade, diz respeito ao direito material, quando houver inadimplemento de obrigações, mesmo não havendo processo algum instaurado pelo credor, mas tenha surgido a necessidade de contratação de um advogado extrajudicialmente, por exemplo, para consultoria sobre o assunto, serão devidos os honorários de advogado, mas estes não serão sucumbenciais.

Neste ponto, um trecho que bem traduz o pensamento em questão proferido no Acórdão da 1ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, adiante transcrito:

[...]

Os honorários advocatícios, por sua vez, passam a ser devidos pelo devedor mesmo que o credor não ajuíze ação judicial contra o devedor. Basta, assim, comprovar que realizou despesas com advogado, com objetivo de cobrar seu crédito, para poder exigir a reparação integral, a teor do que dispõe o art. 388 do novo Código Civil.

O direito aos honorários advocatícios, assegurado no Código Civil, não se confunde, pois, com aquele previsto no art. 20 do CPC, que visa a ressarcir o vencedor da ação pelos gastos havidos no processo judicial ajuizado para reparação do direito violado.

Temos, assim, duas hipóteses, regidas por normas diversas. Na hipótese de despesas com advogado em atuação extrajudicial, aplica-se a regra do CC. Já diante da atuação judicial, aplica-se a regra do CPC (ou da CLT).

Assim, poderá o credor exigir a reparação dos gastos havidos com advogado em consultas, pareceres, procedimentos administrativos, etc. Esse direito, no entanto, não é assegurado àquele que não utiliza advogado em serviços prestados extrajudicialmente.

Aliás, essa norma apenas compatibiliza o direito material à tendência da moderna teoria processual que tem, na solução extrajudicial dos litígios, a melhor maneira de reparação e solução dos conflitos de interesses. Nada mais justo, pois, que o credor seja ressarcido das despesas havidas com honorários advocatícios nos procedimentos extrajudiciais de solução dos litígios.

O texto do Código Civil, portanto, socorre aqueles que utilizam advogado para cobrar extrajudicialmente seus créditos, inclusive perante o Juízo Arbitral ou junto à Comissão de Conciliação Prévia.

[...]

5 A AUSÊNCIA DE REPRISTINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

5.1 A previsão legal da ausência de Repristinação

Antes de adentrar na discussão, é preciso esclarecer ou relembrar o fenômeno da Repristinação aplicável em qualquer seara do Direito, inclusive, ao Processo Trabalhista, como bem afirmam os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *in verbis*:

A outrora designada Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (agora, com nova – e melhor – terminologia, intitulada Lei de Introdução às normas do direito brasileiro) é o Decreto-lei nº 4.657/42, composto por dezenove artigos, versando sobre normas e princípios que ultrapassam as latitudes e longitudes do Direito Civil, sendo, efetivamente, aplicáveis a todos os ramos da ciência jurídica.

Observe-se ainda outra passagem de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacando a importância e função da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que teve a sua denominação alterada corretamente:

A ideia presente na Lei Introdutória, portanto, é estabelecer parâmetros gerais para a elaboração, a vigência e a eficácia das leis, além da interpretação, integração e aplicação das próprias normas legais, genericamente compreendidas. Revela, indubitavelmente, matéria de grande importância, que se espalha por todo o ordenamento jurídico, não se confinando aos contornos do Direito Civil, aplicável que é a toda e qualquer norma legal, seja qual for a sua natureza.

Sendo assim, é por força do art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 4.657/1942, este agora denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que não há o fenômeno da Repristinação no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, destaque-se que a ideia presente nesta norma é a de integração do ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo parâmetros gerais para a elaboração, vigência, eficácia, interpretação e aplicação das leis genericamente entendidas.

5.2 O conceito de Repristinação

A Repristinação é o fenômeno que se dá quando uma lei revogada passa a vigor novamente após a revogação da lei revogadora que a tinha revogado anteriormente.

Em outras palavras, quando a lei revogadora perde a vigência, a lei anteriormente revogada volta a vigor, estando novamente inserida e fazendo parte do ordenamento jurídico.

Apenas a título de registro, vale dizer que a revogação é a perda de vigência, deixando com isso a norma de pertencer ao ordenamento jurídico do ponto de vista temporal, sendo que pode ocorrer de forma expressa – a nova norma enuncia a revogação da anterior – ou tácita – quando, apesar de não enunciar a revogação, a nova norma trata de maneira diferenciada a anterior, tornando ilógica a sua manutenção –, conforme bem observado pelos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

Vale chamar atenção ainda para o fato de que somente acontecerá a revogação, seja expressa ou tácita, caso a norma revogadora tenha a mesma hierarquia ou superior em relação à revogada, como disseram os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Todavia, como visto anteriormente, não é o que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, pois o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), prevê que o fenômeno da Repristinação apenas ocorrerá se houver previsão legal expressa neste sentido, sendo, por isso, uma exceção, ao passo que a regra é a de que não ocorre, permanecendo a lei revogada nesta condição, ainda que a lei revogadora venha a também ser revogada posteriormente.

Observe-se o exemplo esclarecedor dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a respeito do tema:

[...] imagine-se que a lei X discipline o exercício de determinada atividade, vindo tal lei a ser substituída, por meio de revogação total (expressa ou tácita), pela lei Y. Surgindo, tempos depois, uma lei Z, que simplesmente revoga a lei Y, sem dispor nada sobre a matéria, não será possível “ressuscitar” (repristinar) a lei X. Até mesmo se for editada nova norma, com o mesmo conteúdo da lei X, não será esta que estará reaparecendo, mas sim somente um novo regramento, coincidentemente com o mesmo perfil de outrora.

Neste contexto, no ordenamento jurídico pátrio, quando a lei revogadora perde a vigência, a lei anteriormente revogada poderia voltar a vigor, caso houvesse previsão expressa, mas, em não havendo, não há que se falar então em manutenção da lei revogada, continuando afastada do ordenamento jurídico pátrio.

5.3 A ausência de Repristinação como impedimento para continuidade da aplicação das Súmulas 219 e 329 do Colendo TST

Como explanado supra, por força do art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 4.657/1942, não há o fenômeno da Repristinação no ordenamento jurídico pátrio, ao menos como regra, o que também implica, por corolário lógico, que não há no Direito Processual Trabalhista, sobretudo, no que tange ao tema da aplicabilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Em outras palavras, tal norma se aplica a qualquer ramo do Direito, inclusive, ao Direito Processual do Trabalho, não havendo qualquer restrição expressa ou tácita, bem como legal ou principiológica.

Lembre-se que o teor das Súmulas 219 e 329 do Colendo TST admitem somente a aplicação dos honorários advocatícios sucumbenciais no Processo Laboral se houver a assistência judiciária sindical e a percepção inferior ao dobro do salário mínimo legal ou não tenha situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Desse modo, como já visto anteriormente a assistência judiciária sindical foi prevista nos arts. 14 e 16 da Lei n. 5.584/70. No entanto, o art. 1º da Lei n. 10.288/01 inseriu o parágrafo 10 no art. 789 da CLT,

tratando da mesma matéria, o que implica assim na revogação tácita dos dispositivos mencionados anteriormente da Lei n. 5.584/70.

Neste diapasão, a matéria de assistência judiciária gratuita sindical, anteriormente prevista na Lei n. 5.584/70, foi revogada pela inserção realizada pela Lei n. 10.288/01, tendo esta tratado inteiramente tal matéria.

Não fosse somente isso, posteriormente, o art. 1º da Lei n. 10.357/02 deu nova redação ao art. 789 da CLT, revogando assim inteiramente o quanto preconizado pela Lei n. 10.288/01 e não mais passou a tratar da matéria de assistência judiciária sindical na Justiça Trabalhista, que era prevista no § 10 do mesmo dispositivo e assim deixou de existir. Ou seja, o art. 789 passou a existir com nova redação, tendo eliminado o § 10, que tratava da assistência jurídica gratuita sindical, nada prevendo sobre a referida matéria.

Neste contexto, a matéria de assistência judiciária deixou de existir especificamente na seara laboral, como era prevista, já que foi revogada, e, como não existe o fenômeno da Repristinação no ordenamento jurídico pátrio, salvo se houver previsão expressa, o que não foi o caso, devendo-se assim partir para a aplicação da norma geral, qual seja, a contida na Lei n. 1.060/50, por aplicação subsidiária prevista no art. 769 da CLT.

A tese ora compartilhada foi aventada por Jorge Luiz Souto Maior, observe-se o trecho a seguir:

Com efeito, a Lei nº 10.288/01, acrescentou ao artigo 789, da CLT, o parágrafo 10, com o seguinte teor: "O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a 5 (cinco) salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover a demanda."

Mais tarde, a Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, trouxe novo regramento para o artigo 789, da CLT, e simplesmente não repetiu a regra contida no parágrafo 10 mencionado. Com isto, a matéria pertinente à assistência judiciária ficou sem regulamento específico na Justiça do Trabalho, pois não existe em nosso ordenamento jurídico o fenômeno da repristinação, conforme previsão expressa da LICC, fazendo com que para tal matéria se recorra, necessariamente, à Lei nº 1.060/50, que nenhuma ligação faz, por óbvio, à assistência sindical, perdendo, por completo, o sentido de se vincular o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho somente em tal hipótese.

Outrossim, não havendo mais a previsão de que os sindicatos das categorias obreiras estejam obrigados a oferecerem a assistência judiciária gratuita, esta missão após a Constituição Federal de 1988 passou a ser do Estado, através da Defensoria Pública da União, que possui atuação junto à Justiça do Trabalho, nos exatos termos do art. 14, caput, da Lei Complementar 80/94, conhecida como Lei Orgânica da Defensoria Pública.

Neste contexto, diante das mudanças legislativas ocorridas e demonstradas anteriormente, verifica-se que a ausência de Repristinação obsta a continuidade da aplicação das Súmulas 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, já que se baseiam na assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos de classe, cuja previsão estava na Lei n. 5.584/70, mas que foi revogada tacitamente, devendo se dá a aplicação da norma geral da Lei n. 1.060/50, ao passo que é perfeitamente aplicável na seara Processual Trabalhista o cabimento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto, verifica-se que os honorários advocatícios na Justiça Especializada Trabalhista são cabíveis, sendo plenamente necessária a revisão das Súmulas 219 e 329 da Colenda Corte Superior Laboral, não havendo mais como serem mantidos os entendimentos nela sedimentados antes mesma da Constituição Federal de 1988.

Além disso, é preciso chamar atenção para o fato de que, embora não seja um requisito expresso, mas apenas tácito, o jus postulandi pessoal de empregados e empregadores, previsto na Norma Celetista, que traz a faculdade sobre a contratação de advogado, tal fato por si só não impede a aplicação dos honorários de sucumbência, uma vez que, se a parte optar pelo exercício de tal direito, não haverá que se falar em honorários advocatícios, estando isenta de tal pagamento.

Ademais, vale frisar que o presente instituto processual concedido às partes está cada vez mais em desuso, sendo uma exceção nos dias de hoje, já que a regra, em verdade, tem sido a representação em juízo mediante um patrono.

Ainda, apesar do princípio da sucumbência não estar previsto expressamente no Direito Processual do Trabalho, há de se admitir a sua existência pela interpretação de outras normas do sistema, como as previsões de pagamento das custas processuais trabalhistas e dos honorários periciais.

Outrossim, considerando o direito fundamental do cidadão de acesso à justiça efetivo, ressalte-se que não é a simples postulação pessoal das partes que se alcançará tal direito, mas, em verdade, será a atuação de um profissional técnico e qualificado para lidar com a complexidade que rodeia o processo e com a serenidade que é necessária para captar os pontos essenciais do caso jurídico e expor as razões de modo tranquilo e ordenado.

De igual sorte, não há que se falar em prejuízo financeiro ou pecuniário de uma parte face à sua adversária caso venha a ser sucumbente e condenada em honorários advocatícios, haja vista que está autorizada a usufruir dos benefícios da assistência judiciária gratuita e da gratuidade da justiça, o que a isentaria de qualquer pagamento relativo às despesas processuais.

Frise-se, ainda, como fator principal que a assistência judiciária gratuita sindical prevista em lei esparsa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois esta previu apenas que cabe ao Estado, através da Defensoria Pública da União, a assistência jurídica integral aos necessitados. Não fosse somente isso, houve a revogação tácita da norma que previa a assistência gratuita fornecida pelos sindicatos da categoria dos trabalhadores.

Isto posto, percebe-se que a Corte Superior Laboral, ao manter o entendimento de que é incabível a condenação das partes em honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, fazendo menção às suas Súmulas 219 e 329, tem decidido há muito tempo de forma ampassã, não enfrentando a fundo a questão, inclusive, por fatores políticos, já que o Estado ainda não estaria aparelhado suficientemente para passar a representar os interesses dos trabalhadores necessitados, que não possuem condições de arcar com os custos do processo, recebendo por isso o ônus que antes cabia aos sindicatos de classe.

Em que pese o entendimento há muito arraigado da Corte Superior Laboral, verifica-se que há uma lenta e gradual mudança neste, posto que, dando uma interpretação restritiva ao dispositivo celetista do jus postulandi pessoal, sustentou que, nas instâncias extraordinárias, não é possível às partes atuarem sem a presença de um advogado, por graves e notórios inconvenientes às próprias partes e à administração da Justiça.

Além disso, com a edição da IN n. 27/2005, a Corte Superior Trabalhista passou a prever que, nas lides decorrentes da relação de trabalho, excluídas, portanto, as de emprego, por mera sucumbência da parte adversária, é possível a condenação em honorários advocatícios. E, ainda, não fossem somente estas as constatações, este Colendo Tribunal alterou a própria Súmula 219, inciso II, para admitir a possibilidade de condenação de honorários advocatícios sucumbenciais em sede de Ação Rescisória.

Dessa maneira, embora o Colendo Tribunal Superior do Trabalho tenha argumentos bastante contundentes para revisão de suas mencionadas súmulas, para, talvez, acabar de vez com a celeuma em torno deste debate, parece que atual tendência legislativa, parece que a aprovação do Projeto de Lei n. 3.392/2004 virá antes desta possível revisão de posicionamento, passando o art. 791 da Norma Consolidada a ter outra redação, constando a obrigatoriedade de advogado e o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça Trabalhista.

Portanto, verifica-se que a ausência de Repristinção obsta a continuidade da aplicação das Súmulas 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, já que se baseiam na assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos de classe, cuja previsão estava na Lei n. 5.584/70, mas que foi revogada tacitamente, devendo ocorrer a aplicação da norma geral da Lei n. 1.060/50, ao passo que é perfeitamente aplicável na seara Processual Trabalhista o cabimento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn. 1.127-8**. Rel. Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno. DJ de 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 67.390-2-PR**. Rel. Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJ de 06 abr. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70272>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. **Acórdão n. 011760017.2009.5.02.0464**. Desembargador Relator Marcelo Freire Gonçalves. 12ª Turma. DJ de 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://aplicacoes.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=275923>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0020300-85.2006.5.04.0761**. Rel. Desembargadora Maria Helena Mallmann. 3ª Turma. DJ de 21 maio. 2007. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/consulta-processual-portlet/servlet/download.html?tipo=complemento&processo=00203-2006-761-04-00-5&chave=24447875K6246X&andamento=25553572&ordem=1&data=2007-05-09&origem=TRT>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário n. 0048000-11.2009.5.05.0015**. Rel. Desembargadora Marama Carneiro. 1ª Turma. DJ de 19 dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=260065&texto=honor%E1rios%20and%20advocat%EDcios>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Recurso Ordinário n. 0129700-43.2009.5.05.0133**. Rel. Desembargador Edilton Meireles. 1ª Turma. DJ de 16 jun. 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=230746>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região. **Sentença n. 0000851-81.2011.5.05.0004**. Juiz Marcelo Rodrigues Prata. DJ de 02 dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobSentenca.asp?v_id=290688&texto=honor%E1rios%20and%20advocat%EDcios>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região. **Acórdão n. 0000960-66.2010.5.07.0007**. Desembargadora Relatora Maria José Girão. 1ª Turma. DJ de 20 jan. 2012. Disponível em: <http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=253332>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 20ª Região. **Recurso Ordinário n. 0160400-83.2006.5.20.0005**. Rel. Desembargadora Maria das Graças Monteiro Melo. Tribunal Pleno. DJ de 28 nov. 2007. Disponível em: <http://www.trt20.jus.br/pls/sap/html_clob_acordao?p_id=946756&p_codigo=40305>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 20ª Região. **Sentença n. 0170000-63.2008.5.20.0004**. Juiz Alexandre Manuel Rodrigues Pereira. DJ de 14 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trt20.jus.br/pls/sap/mostrasantencapdf?p_codigo=921310&banco=sap>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão n. 0094800-49.2006.5.17.0151**. Relator Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues. 3ª Turma. DJ de 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>>.

do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2094800-49.2006.5.17.0151&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAwYUAAF&dataPublicacao=05/06/2009&query=honor%E1rios%20advocat%EDcios%20sucumbenciais>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão n. 0164600-94.2009.5.03.0137**. Ministro Ives Gandra Martins Filho. 7ª Turma. DJ de 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20164600-94.2009.5.03.0137&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADVbAAR&dataPublicacao=19/12/2011&query=honor%E1rios%20advocat%EDcios%20sucumbenciais>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão n. 8558100-81.2003.5.02.0900**. Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Tribunal Pleno. DJ de 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-AIRR%20e%20RR%20-%208558100-81.2003.5.02.0900&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALNgAAB&dataPublicacao=01/04/2011&query=>>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

CÂMARA, Alexandre Vieira. Considerações sobre o acesso gratuito à Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região**, Natal, v. XIII, n. 1, dez/2006. Disponível em: <http://www.trt21.jus.br/ej/revista/2006/paginas/doutrina/consideracoes_sobre_acesso_gratuito.html>. Acesso em: 30 abr. 2011.

CARRION, Valentin; CARRION, Eduardo (atual.). **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **Proposta de criação de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 17/08/2009**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Noticia/arquivos/pdf/Geral/Processo_2009.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2006, v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v. 1.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Honorários advocatícios no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e teses. 4. ed. Salvador: EDUFBA, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Honorários advocatícios no processo do trabalho. **Revista da AMATRA II**, São Paulo, ano IV, n. 9, p. 6-10, maio/2003. Disponível em: <<http://www.baleia.net/arqs/download/183.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Nazareno Pereira de. A Justiça do Trabalho e o cabimento dos honorários advocatícios sucumbenciais: uma visão moderna. **Revista Jus Vigilantibus**, Vitória, jun. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/26277>. Acesso em: 12 mar. 2011.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Gratuidade e honorários de advogado na justiça do trabalho**: elementos teóricos

e práticos para uma reflexão crítica da perspectiva do acesso à justiça. 1. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROCHA, Andréa Presas; ALVES NETO, João (org.). **Súmulas do TST comentadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, vol. 2.

A BOA-FÉ OBJETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE DEDUZIR PRETENSÃO INDENIZATÓRIA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE GRAVÍDICA

Leonardo Valverde Susart dos Santos

Advogado associado ao escritório de advocacia HL advogados. Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade de Coimbra – Portugal.

Email: leosusart@gmail.com

leonardo@hl.adv.br.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a limitação da conduta da empregada titular de estabilidade gravídica que apenas após o término do período de estabilidade propõe demanda em face do seu ex-empregador, pleiteando indenização consistente no pagamento dos salários do período em que subsistia a garantia de emprego. A análise deve ser empreendida à luz do conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, mais especificamente das suas funções

criadora de deveres jurídicos laterais e limitadora do exercício de posições jurídicas. Nesse ínterim, observa-se que o ajuizamento de ação indenizatória depois do fim do período de estabilidade representa uma violação do duty to mitigate the loss, na medida em que resta prejudicado o direito ao trabalho, elemento dignificante do ser humano, com sobrelevo para a contraprestação devida pelo tempo de serviço. Com isso, é gerada no empregador uma legítima confiança de que a pretensão não seria mais exercida, o que, aliado aos outros requisitos de aplicabilidade do instituto, acarreta a suppressio do direito da trabalhadora de exigir a indenização.

Palavras-chave: Boa-fé Objetiva. Duty to Mitigate the Loss. Suppressio. Estabilidade Gravídica. Pretensão Indenizatória.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é regida pelo princípio da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, de acordo com o qual é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse contexto, entende-se que as posições jurídicas ativas e passivas não podem ser exercidas de maneira absoluta, sendo limitadas por parâmetros objetivos insertos no ordenamento jurídico.

Assim, o Código Civil Brasileiro estabeleceu a obrigatoriedade da observância da função social do contrato, bem assim da boa-fé objetiva. Essas regras, consistentes em padrões mínimos de conduta, reforçam a idéia de limitação da autonomia da vontade e do recrudescimento do dirigismo contratual.

O entendimento comum insito à boa-fé é o do estado de consciência pelo qual o indivíduo ignora a adoção de um comportamento indevido, crendo, no seu íntimo, estar praticando a conduta mais adequada à situação de fato que o circunda. Para os efeitos do estudo a que se procederá, no entanto, é fundamental a mudança de perspectiva, de modo que se vislumbre a boa-fé como norma impositiva de um dever de conduta a ser respeitado por todos no desenvolvimento das relações jurídicas travadas cotidianamente.

No estudo do conteúdo material da boa-fé, assumem relevo as suas funções típicas: (a) a função hermenêutica e integrativa, pela qual a boa-fé é o parâmetro de interpretação das relações jurídicas e pode ser utilizada para suprir as lacunas de regulação do ordenamento jurídico; (b) a função criadora de deveres jurídicos laterais, dentre os quais merecerá destaque o duty to mitigate the loss; e (c) a função

limitadora do exercício de posições jurídicas ativas ou passivas, merecendo análise em apartado o instituto da *suppressio*.

Determinadas as premissas teóricas do duty to mitigate the loss e da *suppressio*, será examinado, no âmbito do Direito do Trabalho, o conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, verificando-se a compatibilidade do ajuizamento de demanda indenizatória após o término do período de estabilidade gravídica com a cláusula geral da boa-fé objetiva.

BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

O instituto da boa-fé, cujas origens remontam à idéia de bona fides do Direito Romano, traduz-se em um cânone moral e ético destinado, inicialmente, à garantia da estabilidade e da confiança nas relações jurídicas de direito privado.

Quando do seu surgimento, a boa-fé apresentou-se unicamente sob o aspecto subjetivo, exigindo, para que fosse aquilatada, a perquirição da consciência do indivíduo. Assim, o agente de boa-fé seria não apenas aquele que estivesse convencido da existência de seu próprio direito, mas também o que, por equívoco escusável, ignorasse estar lesando o patrimônio, material ou ideal, de outrem.

Sobre o tema, é pontual a lição de Menezes Cordeiro, para quem trata-se a boa-fé subjetiva de um estado de ignorância desculpável, em que o sujeito acredita, sinceramente, que adotou todas as cautelas necessárias para evitar danos a outrem, quando, em verdade, desconhecia algumas eventualidades que impunham-lhe outros deveres¹.

É fundamental o registro da utilidade do conhecimento da boa-fé subjetiva, porquanto ainda remanescem, no ordenamento jurídico brasileiro, normas que conferem proteção ao seu portador. Nesse sentido são os dispositivos legais que efetivam a tutela do possuidor de boa-fé², bem assim as hipóteses de consagração da teoria da aparência³ e de inclusão do erro escusável como causa de anulabilidade do negócio jurídico e extinção de punibilidade^{4,5}.

Contrapõe-se à boa-fé subjetiva a noção de má-fé, entendida como a vontade consciente de lesar o patrimônio de outrem. Nota-se que, conquanto inexista vedação expressa do comportamento de má-fé na esfera jusprivatística, a imputação das sanções em decorrência da atuação dolosa do agente permite inferi-la, na medida em que se outorga ao indivíduo um tratamento diferenciado – e mais rigoroso – relativamente àquele cuja conduta se opere em conformidade com a boa-fé.

A boa-fé subjetiva não detém mais o status de outrora no panorama jurídico vigente, em razão, sobretudo, da dificuldade de prova do elemento subjetivo-volitivo do indivíduo, o que, por certo, protraí no tempo a efetivação das normas postas. Atualmente, destaca-se a boa-fé na sua acepção objetiva, traduzida, como tal, em um dever de conduta ou padrão de comportamento. A valorização do instituto impõe uma breve retrospectiva histórica que permita a compreensão do contexto em que ela se operou.

1 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2001, p. 516.

2 Vide artigos 1.201, 1.202, 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220 e 1.222 do Código Civil.

3 CORDEIRO (op. cit., p. 1234-42) sustenta que a proteção da aparência foi um dos pilares da construção dogmática do princípio da confiança, uma das manifestações da boa-fé. Sobre o assunto, confira-se, por exemplo, no Código Civil Brasileiro, os artigos 662, 1.556 e 1.557.

4 Cf. o artigo 138 do Código Civil e os artigos 20, §1º, e 21, caput, do Código Penal.

5 Judith Martins-Costa elucida a questão: "A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável [sic], acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável [sic]) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.)" (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 411-2).

Após a derrocada do Antigo Regime, ascendeu ao poder a classe burguesa e, com ela, adveio o fenômeno da codificação, consistente em um processo de sistematização de normas com vistas a compilar, em um único diploma, regras de caráter semelhante⁶. Por intermédio dessa técnica, buscou-se criar um sistema fechado de normas supostamente aptas à regulação de todas as situações de fato verificadas in concreto. Assim, a lei passou a representar a principal fonte do direito, limitando-se a atividade jurisdicional à sua reprodução, tendo em vista, inclusive, a pretensa inexistência de lacunas no ordenamento.

O sistema jurídico daquela época tinha, pois, como valor primordial, a segurança das relações jurídicas, sustentada na tríplice ideologia, apontada por Judith Martins-Costa, **da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação**. Da primeira, depreende-se o conceito liberal da auto-regulação privada, expressão máxima da livre iniciativa do homem. Pela segunda, entende-se a pretensão de plenitude e totalidade do Código Civil. Por fim, a última se revela na preponderância da hermenêutica subsuntiva, consistente em um processo de “encaixe” do enunciado fático a uma previsão normativa geral e abstrata⁷.

Paradoxalmente, a ideologia oitocentista preconizava, com fundamento no princípio da igualdade formal, a necessidade de respeito à autonomia privada de um modo tal que não permitia às partes contraentes o questionamento sobre o conteúdo das avenças celebradas. Vigia, àquele tempo, o brocardo latino *pacta sunt servanda*, que impunha a cega observância, pelos indivíduos, aos pactos firmados com outras pessoas no desenvolvimento das relações privadas, independentemente do seu teor.

Toda essa rigidez sistêmica, que promovia uma visão do homem sem correlação com o seu contexto histórico, social e econômico, acarretou profundos desequilíbrios sociais, porquanto as pessoas de poderio econômico enfraquecido submetiam-se, comumente, a cláusulas abusivas e desleais, admitidas exclusivamente em nome da absolutização da autonomia privada.

Em função disso, ruiu o princípio da igualdade formal, retomando-se a noção aristotélica de igualdade material, pela qual deve-se tratar igualmente o que é igual, e desigualmente o que é desigual. A estrutura lógica da igualdade supõe, assim, diferenciações; com isso, vislumbra-se um conceito relacional, que pressupõe uma comparação entre dois indivíduos diferentes, tomando como parâmetro as características distintivas do quadro fático que se apresente⁸.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, de forma ácida, asseveram que “o princípio da igualdade formal, até então considerado como absoluto, converteu-se em princípio da hipocrisia”. E concluem: “[...] o contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, havendo experimentado um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava⁹”.

A tendência individualista então reinante deu lugar, portanto, a uma concepção solidária de sociedade, recepcionada pela vigente Constituição Federal do Brasil em seu artigo 3º, inciso I. Sobre essa perspectiva, Manoel Jorge e Silva Neto assevera que uma sociedade solidária é aquela que não reduz a importância e o significado de cada indivíduo, buscando sempre alcançar o equilíbrio entre os interesses de grupos heterogêneos, e empenhando-se na consecução dos objetivos de todos eles¹⁰.

Em consonância com o entendimento supramencionado, entende-se, com lastro na doutrina de Anderson Schreiber, que o movimento de solidarização do direito valoriza a dimensão social do exercício

6 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I, p. 33.

7 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 276-9.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-8.

9 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, tomo I, p. 41-2.

10 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 230.

de posições jurídicas ativas, de modo a promover uma mais ampla tutela da confiança, objetivamente considerada, entre os indivíduos¹¹. Ainda segundo o mesmo autor,

Embora a construção inicial da boa-fé objetiva [...] tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente, na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes¹².

A modificação de paradigma do pensamento jurídico, que deixou de vislumbrar o homem como um fim em si mesmo, dotado de absoluta liberdade de agir, para enxergá-lo como parte de uma teia social, foi objeto de resistências várias, sobretudo da classe burguesa, mas impôs-se devido à necessidade de o Direito alcançar um efetivo papel de regulação, se aproximando dos fatos por ele normatizados. Assim entende José Carlos Moreira da Silva Filho, para quem a pretensão de estabilizar a realidade mediante a edição de normas jurídicas acaba por afastar o Direito da realidade do homem em seu próprio ser¹³.

Foram criadas, então, normas que delinearão o conteúdo mínimo da relação jurídica contratual, de modo a que este pudesse atender à sua função social e aos ditames da boa-fé.

O § 242 do BGB (Código Civil Alemão) dispunha, em norma revolucionária à época da sua edição, que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico¹⁴”. Nota-se que a boa-fé foi, ali, erigida à condição de norma cogente, determinando-se, inclusive, que a intenção das partes de uma relação jurídica obrigacional fosse analisada de acordo com critérios objetivos, prescindindo da verificação do animus dos agentes.

Na esteira da codificação germânica, o Código Civil de Portugal estabeleceu, nos artigos 227º /1, 239º e 762º /2¹⁵, o caráter impositivo da boa-fé, considerada então como efetivo dever dos indivíduos na condução dos negócios privados. Essa é a conclusão alcançada por Orlando Gomes:

Dentre as numerosas posições assumidas pelo codificador português ao reformar o direito privado do país sobressai o acolhimento, em textos incisivos, do princípio da boa fé erigido à condição de fulcro e meta derradeira do ordenamento jurídico, para aplicação nas situações singulares de maior receptividade, em consonância à regra geral condensada em elegante fórmula¹⁶.

Menezes Cordeiro possui entendimento semelhante ao de Orlando Gomes, na medida em que preconiza a natureza de dever legal das normas dos artigos 227º /1 e 762º /2, bem assim ao afirmar que este último dispositivo visa, precipuamente, à concretização material dos escopos visados, traduzindo um estágio jurídico de superação do formalismo estrito¹⁷.

Registre-se, ainda, o conteúdo cogente das normas inseridas no §1-302, “b”, e no §1-304, da terceira

11 SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88.

12 Ibid., p. 79.

13 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

14 No original: der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Tradução em SCHREIBER, op. cit., p. 76.

15 Art. 227º. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. [...] Art. 239º. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. [...] Art. 762º. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé (grifos acrescentados). PORTUGAL. Código Civil e legislação complementar. 15. ed. aum. e act. Lisboa: Quid Juris? 2010.

16 GOMES, Orlando. Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 50.

17 CORDEIRO, 2001, p. 646 et seq.

parte do artigo primeiro do Código Comercial Americano (Uniform Commercial Code), que dispõem, respectivamente: “Os deveres de boa-fé, diligência, razoabilidade e cuidado prescritos por este Código não podem ser afastadas por acordo das partes. As partes, por acordo, podem determinar os parâmetros pelos quais o cumprimento das obrigações ajustadas será balizado apenas quando esses parâmetros não forem manifestamente desarrazoados [...]” e “Todo contrato ou obrigação relativa a este Código impõe um dever de boa-fé na sua execução¹⁸”.

Posteriormente, o legislador brasileiro, curvando-se já à tendência do direito estrangeiro, editou o artigo 422 do Código Civil de 2002, cuja transcrição, pela relevância do seu teor para o desenvolvimento do presente estudo, se impõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Em comentário ao inovador dispositivo, a melhor doutrina anota que o legislador, ao fixar os “princípios da probidade e da boa-fé”, prescreveu um dever de conduta, de obrigatória observância pelas partes contratantes¹⁹.

Consagrou-se, assim, no ordenamento pátrio, a boa-fé em sua acepção objetiva, isto é, com natureza de norma jurídica cogente. É correto afirmar, destarte, que a boa-fé se revela como um dever de conduta a ser respeitado pelos contratantes, na medida em que detém exigibilidade jurídica. Assevera Caio Mário da Silva Pereira que “a boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação²⁰ [...]”.

Constata-se, em verdade, que a boa-fé sofreu uma significativa alteração no seu conteúdo, tendo passado de uma regra eminentemente moral para uma norma de cunho ético. Ao se analisar a etimologia da expressão ética (ethos = modo de ser, comportamento), conclui-se que o agente de boa-fé é, igualmente, aquele que age de acordo com o padrão valorativo de comportamento da sociedade. Assim preleciona Menezes Cordeiro:

O dever de agir de boa-fé projecta nas obrigações e, em geral, nas áreas dominadas por permissões genéricas de actuação, a necessidade de respeitar vectores fundamentais do sistema jurídico, com realce para a tutela da confiança e a materialidade das situações subjacentes, avultando ainda um certo equilíbrio entre a posição das partes²¹.

É inelutável o reconhecimento da eficácia normativa da boa-fé, e da sua irradiação para todas as fases da relação obrigacional. Assim, manifesta-se a boa-fé na fase de tratativas preliminares, de conclusão e de execução do negócio jurídico, e mesmo após a sua extinção.

Clóvis do Couto e Silva relaciona a obrigatoriedade da atuação em consonância com a boa-fé com a finalidade objetiva da relação jurídica travada entre os indivíduos, de modo que, em função deste fim a ser alcançado pelos componentes da relação jurídica obrigacional, surja entre eles um vínculo de cooperação²². O mesmo autor salienta, adiante, que a finalidade da relação jurídica, para fins de incidência da norma da boa-fé objetiva, não se traduz no fim da atribuição, aferível subjetivamente. Antes, o objetivo

18 Tradução livre do autor. No original, “The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable [...]” e “Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Uniform Commercial Code. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/ucc/1/>>. Acesso em: 01 out. 2011).

19 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 113.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III, p. 20. Fredie Didier Jr., em obra relativa à disciplina processual, chega à mesma conclusão: “Não se pode confundir o princípio (norma) da boa fé com a exigência de boa fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais. A ‘boa fé subjetiva’ é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas” (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 81).

21 CORDEIRO, 2001, p. 1170.

22 SILVA, Clóvis do Couto e. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

perseguido deve ser perceptível à outra parte, sob pena de tornar insatisfatório e imperfeito o adimplemento da obrigação²³.

FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral, tem aptidão para incidir em uma multiplicidade de casos concretos que pode até mesmo confundir o intérprete quando da sua aplicação. Para esse problema contribui, ainda, a origem moral do instituto, que remonta à fides romana, trazendo consigo aspirações sociais muitas vezes incompatíveis com a coercibilidade inerente ao sistema jurídico²⁴.

Nesse contexto, tornou-se necessária a limitação da esfera de incidência da boa-fé objetiva, a fim de proteger a finalidade a que se destina a norma, qual seja a de determinar que a conduta dos indivíduos se realize em conformidade com alguns parâmetros, positivos e negativos. Clóvis do Couto e Silva bem elucidou a questão, ao advertir que nem todo descumprimento de obrigação configura lesão à boa-fé, vez que se requisita, para tanto, que a inadimplência traduza uma violação dos deveres de lealdade de tratamento e de respeito à integridade do patrimônio jurídico alheio²⁵.

A doutrina, então, diante do quadro que se apresentou, classificou em três grupos as funções tipicamente exercidas pela boa-fé objetiva. Assim, confere-se à boa-fé ora a natureza de parâmetro hermenêutico e integrativo, ora de criadora de deveres jurídicos laterais à prestação principal, e ora de limitadora do exercício de situações jurídicas ativas. Esses quadros funcionais, embora não esgotem, a priori, o raio de incidência da boa-fé objetiva, permitem uma visão conjuntural de seu conteúdo material.

Para o estudo proposto, assume relevo a análise específica da segunda e da terceira funções, com foco especial no duty to mitigate the loss e no instituto de exercício inadmissível de posições jurídicas denominado suppressio.

CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS LATERAIS

Cumpra à boa-fé a criação de deveres jurídicos laterais²⁶ relativamente à prestação. Trata-se de deveres que não se originam da autonomia da vontade humana, mas de imposição da cláusula geral da boa-fé objetiva. A lateralidade destes deveres advém da independência que possuem relativamente à prestação pactuada pelas partes.

Surgem, pois, os deveres derivados da boa-fé ao lado da prestação, integrando, autonomamente, a obrigação complexa²⁷. O descumprimento dos deveres laterais pode, inclusive, acarretar os mesmos efeitos do inadimplemento da prestação, como bem afirma, em distintos momentos, José Carlos Moreira da Silva Filho:

Cabe ainda acrescentar que pode muito bem ocorrer a violação de um dever lateral de proteção sem que haja, necessariamente, um dano a ensejar o acionamento da responsabilidade civil, mas que mesmo assim justifique a resolução do contrato, como se dá no caso de o devedor agir de forma negligente na custódia da coisa. [...]

O não atendimento dos deveres laterais, conforme já foi tangenciado, é considerado pela doutrina e pela jurisprudência mais atualizada como descumprimento contratual, ainda que o dever de prestação principal tenha sido cumprido em si. Esta inobservância, classificada como violação positiva do contrato, poderá gerar, além do direito à indenização, o direito de resolução e a possibilidade da exceção do contrato não-cumprido. Tal se fundamenta na circunstância de que embora cumprida a prestação principal, o descuido quanto aos deveres

23 Ibid., p. 41.

24 SCHREIBER, 2005, p. 116.

25 SILVA, 2006, p. 37-8.

26 O termo deveres laterais é adotado por José Carlos Moreira da Silva Filho (SILVA FILHO, 2006, p. 209).

27 CORDEIRO, op. cit., p. 616-7.

laterais fere com **gravidade o fim da relação obrigacional**²⁸ (grifos acrescidos).

Os deveres laterais, como já fora afirmado, independem da vontade das partes, derivando da boa-fé objetiva. A sua origem é, exatamente, o que permite a afirmação de que não se revelam sempre da mesma forma, dependendo a sua incidência e grau de amplitude dos elementos fornecidos pelo caso concreto. Essa concepção coaduna-se perfeitamente com o conceito de obrigação complexa, na medida em que o conteúdo desta pode ser elástico pela aplicação da boa-fé.

Essa perspectiva foi adotada por Judith Martins-Costa na delimitação que promoveu da matéria, quando afirmou que os deveres laterais não integram a relação contratual desde o seu início, surgindo no curso do seu desenvolvimento sem um rol exaustivo nem conteúdo pré-fixado²⁹. Em sentido semelhante, Anderson Schreiber sustenta que os deveres laterais não são dotados de um conteúdo identificável in abstracto, variando em cada vínculo obrigacional a forma como se manifestam³⁰. Não há, portanto, dúvidas acerca da indeterminação conceitual dos deveres laterais, revelando-se possível, contudo, a formulação de hipóteses típicas de sua incidência.

A concreção dos deveres, registre-se, não é feita de modo [completamente] discricionário pelo operador do direito, porquanto lhe são fornecidos alguns parâmetros, a saber: a) a finalidade do contrato, objetivamente considerada, na esteira da doutrina de Clóvis do Couto e Silva, já citada³¹; e b) o nível de confiança alcançado pelas partes. É bastante razoável, nesse sentido, que se admita uma maior intensidade desses deveres no âmbito dos contratos onde uma das partes é hipossuficiente com relação à outra.

Cumprir apontar, ainda, que o estudo da incidência dos deveres laterais no caso concreto deve ter em vista o objetivo que eles buscam alcançar no bojo de uma relação jurídica cooperativa. Assim, assinala Fredie Didier Jr. que a finalidade a ser perseguida pelas partes é o adimplemento leal, ou seja, transparente, das obrigações, tendo em vista as razões que motivaram o surgimento do vínculo³².

A profusão de decisões sobre o tema permitiu o agrupamento de espécies de deveres laterais, adotando-se, neste estudo, a classificação de Menezes Cordeiro³³, que os subdivide em deveres de proteção, deveres de informação e deveres de lealdade.

Os **deveres laterais de proteção** têm conexão com o caráter cooperativo da relação jurídica obrigacional; assim, por eles, devem as partes abster-se de causar danos de qualquer natureza uma à outra. Manifestam-se esses deveres tanto in contrahendo quanto post factum finitum, ou seja, a sua incidência é mais ampla (em termos temporais) do que a da prestação pactuada pelas partes.

Os **deveres laterais de informação** impõem às partes, em todas as fases do contrato, a obrigatoriedade de se informarem mutuamente de todas as nuances relativas ao vínculo, ainda que estas digam respeito apenas a fatos acessórios ou a efeitos decorrentes da execução da avença³⁴. Trata-se de deveres cujo cumprimento se dá exclusivamente em benefício de outrem³⁵, relacionando-se, assim, com os deveres de proteção, na medida em que se busca, também aqui, ainda que mediatamente, evitar danos à contraparte. Pondere-se, todavia, que a obrigação de informar se limita aos dados de que tenha a parte prévio conhecimento³⁶.

28 SILVA FILHO, 2006, p. 210-1 e 214.

29 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 449.

30 SCHREIBER, 2005, p. 82.

31 Vide tópico 2 – Boa-Fé Subjetiva e Boa-Fé Objetiva.

32 DIDIER JR., 2010, p. 98-9.

33 CORDEIRO, 2001, p. 603-16.

34 CORDEIRO, 2001, p. 605.

35 SILVA, 2006, p. 94.

36 SILVA, loc. cit.

Finalmente, os **deveres laterais de lealdade** impõem às partes que se comportem de acordo com a vontade manifestada nas fases de tratativas e de conclusão do negócio jurídico, de modo a criar um elo de confiança objetiva que confira segurança jurídica aos contraentes³⁷.

O que se observa, em verdade, é um intercâmbio entre os deveres laterais, porquanto a sua aplicação prática dificulta, em muitas oportunidades, a fixação de limites precisos que promovam uma efetiva distinção entre eles. É possível, ainda, o alinhamento de alguns deles de modo a permitir o surgimento de deveres outros, a exemplo do duty to mitigate the loss, que traduz uma manifestação conjunta dos deveres de proteção e lealdade.

O duty to mitigate the loss, ou dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, consiste em uma derivação da boa-fé lastreada no caráter cooperativo da relação obrigacional. Com efeito, a obrigação complexa alberga deveres do credor relativamente ao devedor, de modo a facilitar não apenas o adimplemento da prestação, mas o cumprimento de todos os deveres laterais que se impõem objetivamente³⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não contém dispositivo específico sobre o assunto³⁹, mas a doutrina e a jurisprudência já se inclinam à possibilidade de sua aplicação. Nessa linha, foi editado, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado número 169, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Flávio Tartuce, em artigo sobre o tema⁴⁰, menciona duas hipóteses de incidência do duty to mitigate the loss. Na primeira, entende que o locador de um imóvel urbano não pode, diante da inadimplência do locatário, quedar-se inerte, ensejando um aumento excessivo do total do débito; assim, deveria propor com a maior brevidade possível uma demanda de despejo. Na segunda, chega à conclusão de que é ilícita, igualmente, a inércia de instituição financeira diante da inexecução de contrato de mútuo em que estão previstas taxas de juros elevadas⁴¹.

37 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 107.

38 FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 2004, n. 19, p. 112-3.

39 A idéia de um dever do credor de reduzir o seu prejuízo adveio do Direito Internacional, onde há consagração expressa a respeito do tema. Confira-se, nesse sentido, o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, que regula a compra e venda internacional de mercadorias: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendendo o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída” (grifos acrescidos). ONU. Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980). Disponível em <www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

40 TARTUCE, Flávio. A Boa-Fé Objetiva e a Mitigação do Prejuízo pelo Credor. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 07 set. 2011.

41 O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, reconheceu a existência de um dever do credor de mitigar o seu prejuízo: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (REsp 758518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010).

Observa-se, dos exemplos mencionados, que a idéia da existência do dever lateral em comento se coaduna com o princípio da materialidade das regulações jurídicas, na medida em que tem como fim precípua a realização do direito do credor, que não pode ser impedida ou dificultada nem mesmo pelo seu titular. É possível sustentar, ainda, que o fundamento do *duty to mitigate the loss* se encontra no direito do devedor de cumprir a obrigação assumida⁴²; todavia, conquanto não se ignore a respeitabilidade desta tese, entende-se que o foco do dever em comento está na figura do credor, e na efetivação do seu direito.

Por fim, insta destacar, com supedâneo na doutrina de Vera Maria Jacob de Fradera, a possibilidade do credor diligente, que adotou todas as providências no sentido de ver reduzido o seu prejuízo e, conseqüentemente, ser de logo realizado o seu direito, ressarcir-se do devedor quanto aos custos efetuados, em decorrência, igualmente, da boa-fé objetiva.⁴³

LIMITADORA DO EXERCÍCIO DE POSIÇÕES JURÍDICAS

A boa-fé objetiva funciona, ainda, como limitadora do exercício de posições jurídicas⁴⁴. Se já é assente a idéia de que nenhum princípio jurídico é absoluto, o mesmo se aplica às situações jurídicas, cujo exercício deve ser pautado por parâmetros objetivos; o seu exercício deve se dar em consonância com a sua finalidade.

Nesse contexto, assume importância a figura do abuso de direito, consagrada no artigo 187 do Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Observa-se que a atual configuração do abuso de direito no ordenamento brasileiro é eminentemente objetiva, em nítida evolução relativamente à sistemática anterior, quando os contornos do abuso exigiam a presença de um *animus* do agente de prejudicar outrem mediante o exercício de direito de sua titularidade. A atuação de um direito, destarte, deve atender diretamente à finalidade deste, de modo a revelar-se compatível com a boa-fé⁴⁵.

A idéia de culpa, antes tão cara à responsabilização civil dos indivíduos, tem sido mitigada no sistema jurídico contemporâneo. A sua exigência para a caracterização do abuso de direito seria um verdadeiro retrocesso, porquanto não haveria meios de sancionar a pessoa que infligiu danos a outrem sem dolo ou culpa, o mesmo ocorrendo nos casos em que é impossível, na prática, demonstrar a culpa do agente. Assim, torna-se imperiosa a edição de normas que fixem limites ao exercício das posições jurídicas, sem que haja a necessidade de averiguar a intenção do seu titular; verificando-se a possibilidade de serem causados danos, ou no caso da efetivação destes, isolada ou repetidamente, deve ser aplicada a cláusula geral da boa-fé objetiva para coibir o abuso⁴⁶.

Menezes Cordeiro sustenta que a noção hodierna de abuso deve partir do exercício disfuncional de um

42 É consolidado o entendimento de que o devedor tem um verdadeiro direito subjetivo ao adimplemento obrigacional. A posição foi consubstanciada, inclusive, no Enunciado 168 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”.

43 FRADERA, 2004, p. 115-6.

44 José Carlos Moreira da Silva Filho (SILVA FILHO, 2006, p. 230-1) entende que é mais apropriado o uso da expressão posições jurídicas, uma vez que o uso do termo direitos poderia promover uma confusão com os direitos subjetivos, entendidos por Menezes Cordeiro como permissões normativas de aproveitamento específico (CORDEIRO, 2001, p. 661-70). Note, nesse sentido, que o abuso pode se aplicar a hipóteses em que inexistente direito subjetivo, e a sua correspondente pretensão – é o caso do adimplemento substancial, que limita o exercício do direito potestativo de resolver o contrato.

45 Consubstanciando esta posição, foi editado, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado de número 37, com a seguinte redação: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

46 VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 166-7.

direito⁴⁷. Para José Carlos Moreira da Silva Filho, a disfunção referida pelo português ocorre quando o comportamento efetivo do indivíduo contrasta substancialmente com a conduta prescrita normativamente pelo ordenamento jurídico, entendido este em sua totalidade sistemática⁴⁸.

É importante notar que a proibição do abuso de direito não aniquila o exercício deste; apenas estabelece parâmetros objetivos para tanto. Busca-se, com isso, sancionar o exercício desleal, conquanto aparentemente regular, de um direito – donde se verifica a proximidade da figura com o princípio da materialidade das regulações jurídicas.

A amplitude do abuso de direito fez com que surgissem, na doutrina e na jurisprudência, novos institutos que, igualmente, consubstanciam a função limitadora da boa-fé objetiva, e cujo estudo em apartado é necessário diante das especificidades que apresentam. Tratam-se dos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas⁴⁹, que abrangem as seguintes categorias: venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque e desequilíbrio no exercício de direitos.

O estudo realizado neste artigo terá como objeto específico a suppressio. Entende-se, contudo, que a absorção de breves noções dos outros institutos facilita a apreensão do conteúdo da suppressio.

O venire contra factum proprium consiste na conduta do indivíduo, em contradição a uma ação ou omissão anterior lícita, que desrespeita a confiança suscitada pela contraparte na situação jurídica até então verificada de um modo não admitido pela boa-fé. Assim, traduz-se o adágio no dever de agir em consonância com as expectativas geradas pelo comportamento pretérito⁵⁰.

Tu Quoque ("até tu", em tradução literal ao português) é o brocardo latino que traduz um exercício inadmissível de posição jurídica consistente na prática de um ato que surpreenda a contraparte, de modo a deixá-la em uma condição de injusta desvantagem⁵¹. Em precisa descrição, Menezes Cordeiro assevera que "a fórmula tu quoque traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído⁵²".

A doutrina elenca, ainda, como hipótese de exercício inadmissível de posições jurídicas, o desequilíbrio no exercício de direitos, que se verifica quando há desproporção entre a vantagem do titular do direito e os ônus suportados por quem se submete às conseqüências jurídicas do ato praticado. Trata-se de uma espécie de exercício inadmissível residual, em que se manifestam os principais vetores que permitem a concretização da boa-fé objetiva⁵³. O exercício desproporcional de um direito pode se dar de três formas distintas, a saber: desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, atuação com lesão intolerável de outras pessoas e desconsideração de situações especiais.

Finalmente, a suppressio, cuja expressão deriva do alemão *Verwirkung*⁵⁴, consiste na "situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé⁵⁵". Nesses casos, a demora para o exercício

47 CORDEIRO, 2001, p. 879-85.

48 SILVA FILHO, 2006, p. 231.

49 CORDEIRO, 2001, p. 719-860. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010, p. 117) referem-se a desdobramentos da boa-fé objetiva. O termo não se revela equivocado, porquanto efetivamente as limitações decorrem diretamente desta cláusula geral. Entende-se, todavia, que a expressão exercícios inadmissíveis de posições jurídicas guarda uma especificidade mais compatível com a substância dos institutos que serão estudados.

50 Ibid., 2010, p. 119.

51 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 122.

52 CORDEIRO, op. cit., p. 837.

53 Ibid., p. 857-9.

54 O termo suppressio não é exatamente a tradução de *Verwirkung*, que significa perda. Trata-se de adaptação à língua portuguesa empreendida por Menezes Cordeiro, com o fim precípua de evitar a confusão do instituto com outras figuras, como a prescrição, decadência, caducidade, etc (CORDEIRO, op. cit., p. 797-8).

55 CORDEIRO, 2001, p. 797. O mesmo civilista português leciona que a consagração dogmática da suppressio adveio do de-

do direito gera na contraparte a legítima expectativa de continuidade do estado de inércia do seu titular. A *suppressio* emerge do caso concreto, de acordo com os elementos que se apresentem a quem o aprecie, quando for violada a confiança da pessoa que sofreu os efeitos da conduta contraditória. Não é razoável o estabelecimento de linhas dedutivas para que seja aferida a sua eficácia⁵⁶. Nota-se, inclusive, que as permissões do Código Civil Brasileiro ao comportamento contraditório se verificam apenas em contextos onde a confiança inexistente ou não prepondera sobre os demais elementos do quadro fático⁵⁷. A relação da inadmissibilidade do exercício de uma posição jurídica com a tutela da confiança permite a conclusão de que o seu fundamento é, em última instância, a boa-fé objetiva. A incidência do instituto, nesse sentido, deriva da análise do status do confiante, e não daquele que agiu contraditoriamente. Não se afere, portanto, se o indivíduo atuou com dolo ou má-fé, buscando-se, antes, verificar os efeitos decorrentes da sua conduta⁵⁸.

À primeira vista, o conceito de *suppressio* pode causar certa estranheza ao leitor, na medida em que a sua configuração remete a hipóteses previstas expressamente no ordenamento jurídico, como a prescrição e a decadência. Registre-se, de logo, que no caso da prescrição não se ataca o direito em si, mas a pretensão do seu titular, o que determina o seu afastamento da *suppressio*. Independente disto, trata-se a *suppressio* de inadmissibilidade de exercício de direito que se verifica antes mesmo do termo final dos prazos prescricionais e decadenciais, em decorrência da tutela da confiança promovida pela boa-fé objetiva. Sobre o assunto, dispõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que “na figura da *suppressio*, o que há é, metaforicamente, um ‘silêncio ensurdecidor’, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas⁵⁹”.

A aceitação da *suppressio*, no entanto, não é pacífica, sendo razoável o entendimento de que é duvidosa a legitimidade da confiança quando há um prazo definido em lei que permita o exercício do direito pelo seu titular. Evidencia-se, destarte, a existência de um conflito entre os valores da segurança jurídica e da proteção da confiança, apenas superável mediante uma atividade ponderadora, da qual se conclui que a segurança jurídica cede em favor da tutela da confiança nos casos em que o conteúdo da boa-fé objetiva deva ser preservado acima e independentemente dos prazos legais⁶⁰. Conclui-se, assim, pela excepcionalidade da incidência da figura sob análise⁶¹.

Anderson Schreiber, atento à proximidade entre as noções de sistema móvel e *suppressio*, afirma, com propriedade, que nos sistemas onde a figura em comento é admitida, a mais relevante função que exerce é justamente a de reduzir a rigidez do sistema prazal, sobretudo os mais longos, que normalmente foram estabelecidos em épocas de menor dinamismo e celeridade das relações sociais⁶².

A proteção da confiança da pessoa que poderia sofrer os efeitos do exercício do direito pelo seu titular é,

sequilíbrio econômico causado após a Primeira Guerra Mundial. Com efeito, em um ambiente de instabilidade econômica e, conseqüentemente, de altos juros e inflação, o exercício tardio de uma posição jurídica ativa poderia causar um prejuízo desproporcional à parte contrária, em flagrante incompatibilidade com a boa-fé. Assim, se de um lado a correção monetária protege o valor do crédito, de outro a *suppressio* protege o devedor contra a indevida elevação do montante devido (Ibid., p. 801-2).

56 CORDEIRO, 2001, p. 770.

57 SCHREIBER, 2005, p. 90-3.

58 Judith Martins-Costa aborda a temática do venire à luz do artigo 187 do Código Civil Brasileiro. A autora assinala, de forma muito pertinente, que a nova sistemática consagra a ilicitude de meios, derivada do modo como é exercido um direito. A esta espécie de ilicitude, opõe-se a “de fins”, que sobrevaloriza o elemento volitivo do agente (MARTINS-COSTA, A Ilcitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: o Renascer do “Venire Contra Factum Proprium”. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 376, 2004, p. 127).

59 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 120.

60 SCHREIBER, 2005, p. 184-5. O autor elenca, ainda, como hipótese em que a segurança jurídica deve ceder à tutela da confiança, o caso em que o titular do direito pratica atos comissivos em conjunto com as necessárias omissões. Trata-se, contudo, de situação típica de venire contra factum proprium em sentido estrito, e não de *suppressio*.

61 CORDEIRO, op. cit., p. 818-9.

62 SCHREIBER, 2005, p. 183.

como visto, o fundamento da *suppressio*. Prescinde-se, assim, para a sua ocorrência, da manifestação de vontade por parte do titular do direito. Nesse sentido, apontam Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim:

A *suppressio* é efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé, por meio do qual se tutela a confiança (estado de coisas). A extinção da situação jurídica não decorre de um negócio jurídico, sendo irrelevante a vontade daquele que não a exerceu. Apreende-se juridicamente a imagem de não exercício que legitimou a situação de confiança criada legitimamente por força do comportamento omissivo. Não se averigua, vale frisar mais uma vez, qualquer vontade do que permaneceu silente, mas, sim, a situação de confiança da outra parte. Nesse sentido também, é irrelevante a noção de irrenunciabilidade do direito⁶³ (grifos acrescidos).

A irrelevância da vontade do titular do direito é fator que diferencia a *suppressio* da renúncia tácita, porquanto nesta exige-se a manifestação livre da vontade para que se opere o efeito da perda do direito⁶⁴. Há, portanto, uma identidade de efeitos derivada de uma diversidade de fundamentos. A objetividade da confiança depositada pela parte contrária assume um relevo tão especial na configuração da *suppressio* que se afirma, em sede doutrinária, que o conhecimento da titularidade do direito, pelo inerte no seu exercício, é dispensável⁶⁵.

São elementos do instituto em estudo a confiança da outra parte na manutenção do quadro omissivo, e o decurso de certo lapso de tempo, suficiente para que se consolide o investimento de confiança. Registre-se que, conquanto seja o decurso do tempo um fator essencial para a comparação entre duas condutas, quaisquer que sejam elas, na *suppressio* o intervalo assume um relevo maior, tendo em vista a colisão com os prazos legais (sobretudo a prescrição e a decadência).

Um caso típico de *suppressio* é o do condômino, residente no primeiro andar do edifício, que, ciente do projeto de construção de um espaço gourmet no playground que irá afetar substancialmente a sua vista, não se insurge de imediato, deixando para fazê-lo logo após o término da obra. Note que a sua pretensão não estaria prescrita; a boa-fé, contudo, impede o exercício do direito em razão da inércia do titular. Do mesmo modo, o dono da obra que, após continuadas visitas, não podia ignorar o acréscimo dos serviços do empreiteiro, e jamais protestou quanto a isto, perde o direito de fazê-lo, obrigando-se a pagar os aumentos ocorridos^{66,67}.

O link entre *suppressio* e tutela da confiança instou os estudiosos do tema a se debruçarem sobre a relação existente entre aquele instituto e o *venire contra factum proprium*, sendo aceita a idéia de que a *suppressio* é uma espécie omissiva de *venire*⁶⁸. A análise dos institutos não deixa margem a dúvidas no sentido de que a inércia do titular do direito é flagrantemente contraditória com a pretensão de seu exercício, o que pode, dada uma situação de incidência da boa-fé objetiva, ser invocado pela parte con-

63 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício Tardio de Situações Jurídicas Ativas. O Silêncio como Fato Jurídico Extintivo: Renúncia Tácita e *Suppressio*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010, p. 213.

64 DIDIER JR. e BOMFIM, 2010, p. 213. E não se pense que a distinção tem relevância apenas acadêmica. Na prática, a tutela objetiva da confiança facilita a sua proteção, considerando-se, em especial, a dificuldade de provar o sentido da manifestação de vontade de um indivíduo.

65 SCHREIBER, op. cit., p. 181.

66 Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou (grifos acrescidos). (BRASIL, 2002).

67 Ao lado da eficácia extintiva, a *suppressio* acarreta, ainda, o surgimento de um direito na esfera da contraparte – trata-se do fenômeno da *surrectio*, que pode conferir ao beneficiário: a) um espaço de liberdade jurídica face a uma situação que o vinculava; b) um direito subjetivo inconciliável com aquele titularizado pelo indivíduo inerte; ou c) um direito potestativo (CORDEIRO, 2001, p. 824). Assim, o condomínio e o empreiteiro citados exemplificativamente se beneficiariam da vantagem prevista na alínea “a”.

68 Nesse sentido, Menezes Cordeiro (Ibid., p. 808-10 e 812-4), Fredie Didier Jr. (DIDIER JR. e BOMFIM, 2010, p. 209-11), Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2005, p. 183) e Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 121).

trária. Diante, no entanto, da peculiaridade da *suppressio*, e da gravidade dos efeitos que dela se pode extrair, impõe-se a individualização de seu estudo.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS E SUPRESSIO: A IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA INDENIZATÓRIA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE GRAVÍDICA E A OJ 399 DA SDI-1 DO TST

Estabelecidas as premissas teóricas que permitem a compreensão dos institutos do *duty to mitigate the loss* e da *suppressio*, impende observar a sua incidência na seara do Direito do Trabalho, especialmente no que concerne às situações de fato subsumíveis ao conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho.

Um caso prático é de todo útil para a elucidação da problemática que se pretende destrinchar: suponha-se que uma empregada "X" de uma indústria do ramo têxtil "Y" tenha engravidado e no início do segundo mês de gestação, antes mesmo de conhecer o seu quadro biológico, tenha sido despedida sem justa causa. Não há dúvidas de que "X" é titular de estabilidade provisória de emprego, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com efeito, o marco inicial do período de estabilidade é o começo da gravidez, independentemente da ciência por parte da gestante ou do seu empregador.

Pois bem. A empregada "X", indevidamente desligada da indústria "Y", passou, por conta do ato arbitrário praticado pela empresa, a titularizar duas pretensões em face desta, quais sejam: (a) a de ser reintegrada ao quadro de funcionários de "Y"; e (b) a de ser indenizada por "Y" mediante o pagamento do número de salários correspondente ao período de estabilidade restante, considerando o seu término ao final do quinto mês após o parto.

Naturalmente, há um vínculo de subordinação entre as duas pretensões, visto que a segunda só pode ser exercida no caso de impossibilidade de efetivação, no plano dos fatos, da primeira. Isso porque a reintegração é medida mais benéfica não apenas para o empregador, que teria o mesmo dispêndio da indenização, mas contaria com a força de trabalho do empregado, como também para este, que continuaria inserido no ambiente de trabalho e, com isso, veria ampliada a sua dignidade.

Voltando ao caso concreto sobre o qual se debruça neste estudo, suponha-se que "X", mesmo despedida, não exerceu nenhuma das suas pretensões durante o período de estabilidade, tendo, no entanto, ajuizado demanda indenizatória em face de "Y" no início do sexto mês após o parto, quando já não possuía a referida garantia de emprego. Note-se que, na oportunidade da propositura da demanda, a única pretensão que poderia ser deduzida em juízo por "X" era realmente a indenizatória, visto que, terminado o período de estabilidade, não lhe seria dado exigir o retorno ao emprego.

Registre-se, ainda, que a demanda proposta por "X" respeitou o prazo prescricional de dois anos previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e artigo 11, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que se deu doze meses após a sua despedida.

Diante disto, questiona-se: o exercício da pretensão por parte de "X" após o término do período de estabilidade é lícito? É possível sustentar a existência de um limite temporal ao ajuizamento de reclamações trabalhistas diverso do prazo prescricional?

Em resposta a estas perguntas, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da sua Seção de Dissídios Individuais I, editou a Orientação Jurisprudencial 399, cujo teor pede-se vênia para transcrever diante da sua importância para a compreensão do problema proposto:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário. (grifos acrescentados)

Observa-se, portanto, que se a situação da empregada "X" viesse a ser julgada pelo Tribunal Superior do Trabalho, certamente seria considerada lícita a propositura da demanda, na medida em que foi respeitado o prazo prescricional.

Não se concorda, no entanto, com este posicionamento.

Entende-se, sem embargos, que o reconhecimento da incidência da boa-fé objetiva nas relações de trabalho, de modo a criar deveres e limitar a conduta de ambas as partes integrantes do vínculo obrigacional, impõe a inadmissibilidade da reclamatória movida por "X", tendo em vista a demora desleal no seu ajuizamento, que representou uma violação ao *duty to mitigate the loss*, cujo efeito, no caso concreto, é a *suppressio* do direito de exigir o cumprimento da prestação por parte de "Y".

Veja-se, em primeiro lugar, que a conduta de "X", consistente no não exercício da pretensão reintegratória, colide com o seu dever de mitigar o próprio prejuízo, vez que deixou de adotar os meios necessários à garantia de direito fundamental ao trabalho que titulariza. Com efeito, as normas consagradoras de direitos fundamentais não admitem apenas a dimensão subjetiva, assim entendida a que se destina à outorga de garantias ao cidadão; trazem elas, em seu seio, uma dimensão objetiva, segundo a qual o exercício desta espécie de direito deve ser compatível com os valores consagrados no sistema jurídico-constitucional. O titular do direito deve, portanto, atentar para a sua fundamentação coletiva, conjugando-o com o interesse público e a vida em comunidade⁶⁹. Essa é a lição de Sérgio Pinto Martins: "O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização. Não pode receber sem trabalhar, quando dá causa a não ser reintegrada, pela expiração da garantia de emprego da gestante"⁷⁰.

O prejuízo de "X" não detém, no caso concreto, natureza econômica. Nota-se, a propósito, que a sua inércia lhe confere inclusive uma posição de vantagem sob essa perspectiva, visto que lhe possibilita auferir uma receita sem que tenha prestado o labor correspondente. A afetação do seu patrimônio jurídico revela-se justamente no tocante à garantia do direito ao trabalho, por cuja efetivação deveria zelar.

A *suppressio* exige, no entanto, além da inércia no exercício da pretensão, a legítima confiança do titular da posição jurídica passiva, no caso o empregador. A tutela da confiança, de seu lado, tem alguns requisitos, elencados na esteira da doutrina de Menezes Cordeiro: a) a prática de um ato juridicamente relevante que seja capaz de suscitar a confiança na contraparte; b) a adesão, em termos subjetivos, do prejudicado ao quadro que lhe é apresentado; c) a realização de um investimento de confiança, que caracteriza de forma incontroversa a expectativa do prejudicado e lhe causa prejuízos por vezes irreversíveis⁷¹; e d) a imputação do quadro de confiança objetivamente verificado àquele que agiu, omissiva ou comissivamente, de modo a gerar o investimento de confiança pela parte prejudicada⁷².

No problema em estudo, os quatro elementos da proteção da confiança estão presentes⁷³. A empre-

69 CANOTILHO, 2003, p. 1.256-7.

70 MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI- 1 e 2 do TST. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 171.

71 CORDEIRO, 2001, p. 758.

72 Ibid., p. 1248-9.

73 Ainda que não estejam presentes todos os elementos, a pujança de um deles pode suprir a ausência de outro. Assim, por exemplo, não seria necessário demonstrar um consistente investimento de confiança, se o grau de adesão à situação de fato

gada, ao quedar inerte e não postular a sua reintegração no emprego, cria no empregador a legítima confiança no seu desinteresse relativamente à manutenção do vínculo. Justamente por conta do ato omissivo da funcionária, é natural que o empregador realize um investimento de confiança consistente na contratação de outra (ou outro) profissional para ocupar o cargo desempenhado pela gestante⁷⁴.

Observa-se, do exposto, a presença dos dois requisitos da *suppressio*, quais sejam: demora objetivamente desleal no exercício de uma posição jurídica e violação da legítima confiança da contraparte da relação jurídica. Conclui-se, assim, ser inadmissível deduzir pretensão indenizatória após o fim do período de estabilidade gravídica, em função da boa-fé objetiva.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, há cerca de dez anos, sufragou este entendimento, ao não promover a tutela de trabalhadora que retardou, injustificadamente, o exercício da pretensão indenizatória relativa ao período de garantia do emprego decorrente de gravidez⁷⁵.

Sérgio Pinto Martins é preciso ao relacionar a problemática em comento com o dever de agir de boa-fé, considerando que o exercício tardio da pretensão configura abuso de direito:

O abuso de direito é representado pelo fato de que a empregada esperou terminar a garantia de emprego da gestante para ajuizar ação. O fim social é a garantia de emprego para que a empregada possa cuidar da criança, se recuperar do parto e manter seu emprego no referido período, pois poderia ser dispensada por estar grávida. A boa-fé indica que a empregada deve postular a reintegração no emprego, para que possa trabalhar e se beneficiar dos benefícios [sic] que o emprego lhe proporciona, como assistência médica e outros. Não pode esperar terminar a garantia de emprego para ajuizar a ação, pois irá receber valores sem ter trabalhado.⁷⁶

Embora possa parecer, da lição supra transcrita, que o retardamento no exercício da pretensão decorre da vontade da trabalhadora, é mister registrar que, em decorrência da natureza objetiva da cláusula geral da boa-fé, é irrelevante o motivo da demora – os efeitos da sua conduta advêm apenas da ocorrência desta.

Não seria irrazoável afirmar, a contrario sensu, que a trabalhadora, na condição de hipossuficiente da relação jurídica e ignorante do plexo de direitos que titulariza, poderia quedar-se inerte sem a intenção de haurir os seus vencimentos sem a respectiva contraprestação. Tal entendimento, todavia, tem a sua perspectiva centralizada na figura de quem cometeu o ato ilícito, e não naquele que suscitou legitimamente a confiança no estado de fato criado em virtude da conduta, objetivamente considerada, da trabalhadora.

Decerto, a *suppressio* da exigibilidade da pretensão indenizatória poderá não se verificar nos casos em que a trabalhadora demonstrar que não era possível o ajuizamento da ação antes do término do período de estabilidade. Este pode ser o caso, por exemplo, da obreira que é dispensada logo após o parto, visto que os cento e vinte dias subsequentes são destinados à licença-maternidade, para cuidado e amamentação da criança recém-nascida. Em situações como esta, há que se ponderar, ao lume das circunstâncias fáticas que se apresentem ao julgador, sobre a razoabilidade da exigência do ajuizamento da reclamação trabalhista durante o quinto mês após o parto.

O mesmo entendimento, embora voltado à acepção subjetiva do instituto, é adotado pelos juristas e magistrados Raymundo Antônio Carneiro Pinto e Claudio Brandão, para quem “seja gestante ou não, a

propiciada pela gestante fosse especialmente elevado (Ibid., p. 759 e 1249).

74 O investimento de confiança se revela de modo ainda mais pujante nos casos em que o empregador é pessoa física, empresa de pequeno porte ou microempresa, tendo em vista o comprometimento das suas finanças em decorrência do acréscimo de mais um funcionário no quadro de pessoal por período superior a um ano.

75 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2007, p. 447-448.

76 MARTINS, 2011, p. 171.

pessoa que deixa expirar o período da estabilidade, salvo motivo justificável, para depois reclamar age, a nosso ver, de má-fé⁷⁷.

Entende-se, como decorrência de toda a análise sistemática empreendida neste estudo, que independentemente de se configurar a má-fé da trabalhadora, o seu direito pode ser suprimido se, com base em parâmetros objetivos, restar evidente que poderia ter demandado anteriormente o seu antigo empregador.

Como alternativa para evitar situações que ensejem a dúvida sobre a legitimidade da propositura da demanda após o término do período de estabilidade, é possível facultar ao empregador a realização do teste de gravidez na ocasião do exame médico demissional, de modo a evitar riscos sobre a dispensa indevida e, bem assim, desgastes sobre o momento até o qual poderia a ex-empregada deduzir em juízo a sua pretensão fundada na estabilidade provisória no emprego⁷⁸. Tal procedimento, vale ressaltar, não implicaria em prática discriminatória, ao contrário do que poderia ocorrer se fosse adotado na fase admissional, vedando o acesso ao emprego por parte de gestantes.

CONCLUSÕES

1. A boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil Brasileiro, é norma de conduta de observância obrigatória em todas as relações jurídicas. Em oposição à boa-fé subjetiva, prescinde-se, para a sua verificação, da aferição do elemento anímico do agente.
2. Não é possível estabelecer um conceito a priori de boa-fé objetiva. O conteúdo desta norma só pode ser delimitado no caso concreto, mediante a atividade hermenêutica do julgador. Trata-se, assim, de instrumento normativo dotado de vagueza semântica, em consonância com a linguagem conotativa do Direito.
3. O conteúdo material da boa-fé objetiva se manifesta, igualmente, no exercício das funções que lhe são atribuídas: (a) função hermenêutico-integrativa; (b) função criadora de deveres jurídicos laterais; (c) função limitadora do exercício de posições jurídicas.
4. A boa-fé objetiva é a fonte dos deveres jurídicos laterais, que gravitam ao redor da prestação pactuada como forma de garantir o adimplemento leal da obrigação – dentre eles, destacam-se os deveres de proteção, informação e lealdade e o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo. O descumprimento destes deveres pode acarretar as mesmas conseqüências da inobservância do dever originário de adimplir a prestação.
5. O duty to mitigate the loss, ou dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, trata-se de uma conjugação dos deveres de proteção e lealdade, e decorre do entendimento das relações jurídicas como ordens de cooperação, por conta da incidência da boa-fé objetiva.
6. A boa-fé objetiva restringe o exercício abusivo de posições jurídicas, impedindo a transgressão de limites fixados objetivamente de acordo com as circunstâncias verificadas no caso concreto. As principais espécies de exercício inadmissível de posições jurídicas são: venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque e desequilíbrio no exercício de direitos.
7. A suppressio representa a perda de uma situação jurídica ativa pela inércia do titular no seu exercício. Entende-se que a ausência de manifestação por determinado lapso de tempo gera na contraparte a confiança de que a situação fática permanecerá consolidada, não sendo lícita a frustração da legítima expectativa. No caso concreto, a depender das circunstâncias que se verificarem, as quais serão avalia-

77 PINTO, Raymundo Antonio Carneuro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 212.

78 A medida ainda seria eficaz para evitar que a trabalhadora se veja privada, ainda que provisoriamente, dos meios necessários à sua subsistência, justamente no período em que mais necessita da habitual fonte de renda, ante o acréscimo quantitativo da célula familiar.

das mediante uma atividade ponderadora do magistrado, o tempo necessário para a configuração da *suppressio* pode ser inferior ao prazo prescricional ou decadencial. Por trazer nos comportamentos que veda uma ínsita idéia de contraditoriedade, pode ser considerada espécie omissiva do gênero *venire contra factum proprium*.

8. A despeito do conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, é inadmissível a propositura de demanda indenizatória após o término do período de estabilidade gravídica, porquanto o retardamento no exercício da pretensão configura uma violação do *duty to mitigate the loss*, gerando no empregador a legítima expectativa da consolidação do quadro de inércia, cuja tutela se impõe por força da boa-fé objetiva. Verifica-se, assim, a *suppressio* da exigibilidade da pretensão de ser indenizada por conta da despedida arbitrária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____.; BOMFIM, Daniela. Exercício Tardio de Situações Jurídicas Ativas. O Silêncio como Fato Jurídico Extintivo: Renúncia Tácita e *Suppressio*. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Uniform Commercial Code**. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/ucc/1/>>. Acesso em: 01 out. 2011.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, 2004, n. 19, p. 112-3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, tomo I.

GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI- 1 e 2 do TST**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

_____. A Ilícitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: o Renascer do “*Venire Contra Factum Proprium*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 376, 2004.

ONU. **Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias** (1980). Dis-

ponível em <www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III.

PORTUGAL. **Código Civil** e legislação complementar. 15. ed. aum. e act. Lisboa: Quid Juris?, 2010

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e "Venire Contra Factum Proprium"**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A Boa-Fé Objetiva e a Mitigação do Prejuízo pelo Credor**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 07 set. 2011.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

A MOVIMENTAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS MAGISTRADOS SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcos Augusto Nascimento

Passos Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduado em Direito Público pelo JusPodivm, analista judiciário – área judiciária, lotado na 31ª Unidade Jurisdicional do TRT5.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade estudar a aplicabilidade e a efetividade dos critérios de antiguidade e merecimento nas movimentações voluntárias dos magistrados brasileiros. Para os fins do artigo, foi adotado como critério básico de estudo a leitura de textos científicos sobre o tema. Após, a análise cheguei à conclusão de que os incisos II e III do art. 93 da CF-88 tem aplicabilidade plena no ordenamento brasileiro, pois já editada a lei regulamentadora. No que toca ao inciso VIII-A, a aplicabilidade é limitada, pois

trata-se de regra anteriormente inexistente no sistema brasileiro, mas isso não impede que esta norma tenha eficácia social, pois a lei integradora incidirá para aperfeiçoar o sistema de remoções e permutas de juízes pelo critério do merecimento. Também cheguei à conclusão de que os magistrados titulares e os substitutos têm direito subjetivo a serem movimentados voluntariamente a partir dos critérios da antiguidade e do merecimento.

Palavras-chave: remoção; magistrado; permuta; aplicabilidade; efetividade.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é trazer ao debate algumas questões acerca da movimentação voluntária do magistrado, seja ele titular ou substituto.

O trabalho terá como ponto de partida a análise da aplicabilidade e da efetividade das normas constitucionais, fatores importantes para o estudo da eficácia jurídica e social dos critérios definidos pelo constituinte para a movimentação voluntária.

Ao estudar a antiguidade e o merecimento como critérios definidores da movimentação busquei saber a partir de quando eles foram introduzidos nas Constituições brasileiras e os fundamentos para a existência de cada um deles.

Após, foi estudada a aplicabilidade e a efetividade dos dispositivos constitucionais relativos à movimentação, chegando-se a conclusões acerca da extensão das regras constitucionais no que toca à eficácia jurídica e à social.

Merece registro que nas citações evitei indicar que negritos e itálicos constavam no original, deixando para pontuar apenas quando eles foram acrescentados por mim. Da mesma forma, os parênteses que porventura existirem serão os do texto original, sendo as partes incluídas destacadas em colchetes.

1. APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1.1. Eficácia da norma jurídica: distinção entre aplicabilidade e efetividade¹

Aplicabilidade da norma jurídica é a aptidão dessa norma para ser utilizada pelos diversos seguimentos da sociedade nos atos da vida cotidiana ou, como se poderia dizer em termos mais tradicionais, a aptidão para ser utilizada pelos operadores do Direito.

“Aplicabilidade”, segundo José Afonso da Silva (SILVA, 1999, p. 13), “significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade ser aplicada, isto é, da norma

¹ Para distinção entre eficácia, aplicabilidade, validade, vigência, vigor e existência conferir SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC 52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos.”

A efetividade é a qualidade que a norma tem de ser utilizada pelos atores sociais. É neste contexto que está o famoso jargão de que no Brasil existe lei que “pega” e lei que não “pega”.

Luís Roberto Barroso afirma que “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 82/83).

A partir desses dois conceitos, pode-se afirmar que aplicabilidade e efetividade não se encontrarão, necessariamente, juntas, embora esse seja o propósito de todo legislador – aqui entenda-se incluído o constituinte – ao elaborar a norma jurídica.

Pode-se, então, afirmar a existência de norma jurídica aplicável, apesar de ineficaz. É o caso da regra do inciso II do art. 254 do Código de Trânsito Brasileiro, que impõe multa ao pedestre por atravessar fora da faixa apropriada. Ver um agente de trânsito correndo atrás do pedestre para aplicar-lhe a multa seria algo digno de piada.

Da mesma forma enquadra-se a exigência, ainda feita por muitos juízes do trabalho, para que a parte pague os emolumentos relativos a uma certidão – inciso V do art. 789-B da CLT –, em flagrante afronta à gratuidade prevista para o direito de certidão na alínea “b” do inciso XXXIV do art. 5º da Constituição. No particular, a regra constitucional é aplicável, tendo o condão de revogar a regra celetista, mas não é eficaz.

A partir desta análise da aplicabilidade e da efetividade, a doutrina tem sido consonante em afirmar que a eficácia pode ser jurídica ou social (BARROSO, 2009, p. 82; SILVA, 1999, p. 65/66; SILVA NETO, 2006, p. 115). A eficácia jurídica refere-se à aplicabilidade e a eficácia social à efetividade.²

Neste trabalho, será adotada a nomenclatura corrente na doutrina, segundo a qual ao ser mencionada a eficácia, sem adjetiva-la, a referência será à social, reservando-se o termo aplicabilidade para a eficácia jurídica.

1.2. A aplicabilidade e as espécies normativas

A fim de não se comprometer a eficácia jurídica das normas constitucionais, deve-se ter como pressuposto dessas normas a existência de uma Constituição formal e rígida (SILVA, 1999, p. 40).

Dentre os sentidos nos quais as Constituições são estudadas, estas podem adotar o sentido formal ou o material. Nessa distinção, afirma-se que há regras que têm natureza constitucional, perfazendo um conteúdo material mínimo a qualquer Constituição. Por outro lado, existem normas que não têm natureza constitucional, todavia serão assim consideradas pelo simples fato de estarem inseridas no texto constitucional.³

2 José Afonso da Silva, neste sentido, afirmou que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed., 3ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 60.

3 José Afonso da Silva ainda refere-se a uma acepção ampla e uma restrita do sentido material da Constituição. A acepção restrita cinge-se ao conceito exposto acima, enquanto ao conceito amplo o autor afirma serem as normas subjacentes na sociedade e que dão origem àquelas que serão positivadas. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed., 3ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 37.

Em verdade, a distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material remete à definição de Constituição proposta por Carl Schmitt, principal expoente da concepção política. Para Schmitt, podem existir dois tipos de normas em determinado texto constitucional: a Constituição, propriamente dita, – sentido material – e as leis constitucionais – sentido formal. A Constituição seria o produto da “decisão política fundamental” e determinaria “a forma de Estado, governo, os órgãos do poder e os direitos e garantias constitucionais” (SILVA NETO, 2006, p. 27). Tudo o que não for resultado desta “decisão política fundamental” deveria ser considerada lei constitucional.⁴

1.2.1. Espécies de normas constitucionais⁵

Com base na definição de Constituição rígida e em sentido formal, bem como a partir de estudos desenvolvidos pela doutrina italiana, José Afonso da Silva⁶ (1999, p. 79/81) dividiu as normas constitucionais em 3 grupos: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, as quais se subdividem em normas de eficácia limitada de princípio institutivo ou orgânico e normas de eficácia limitada de princípio programático (SILVA, 1999, p. 82/84)⁷.

É importante frisar que todas as normas constitucionais têm aplicabilidade, distinguindo-se tão somente quanto ao grau de efeitos que produzirão, isto é, todas as normas inseridas na Constituição são providas de plena eficácia jurídica, diferenciando-se entre si no que tange aos efeitos delas no mundo dos fatos. Aliás, tendo em vista o corte metodológico adotado – a Constituição rígida e formal –, outro não seria o efeito esperado.

Diante disso, as normas de eficácia plena produzem seus efeitos essenciais desde sua elaboração, verificando-se a desnecessidade de auxílio supletivo da lei para desencadear os efeitos previstos, tendo, assim, todos os elementos e requisitos para a incidência direta. Elas, “desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (MEIRELLES TEIXEIRA apud SILVA, 1999, p. 101).

As normas de eficácia contida se diferenciam daquelas de eficácia plena porque conferem ao legislador infraconstitucional a possibilidade de limitar situações subjetivas de vantagem. *“São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, as deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”* (SILVA, 1999, p. 116).

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de atuação direta e mediata do

4 Ao lado do decisionismo político de Carl Schmitt, há, ainda, as concepções sociológica e jurídica da Constituição, de autoria, respectivamente, de Lassalle e Kelsen. Devido aos propósitos deste trabalho, para conhecimento das concepções sociológica e jurídica, remeto o leitor à obra de Michel Temer – Elementos de Direito Constitucional. 22ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 19/20.

5 O texto que se segue foi desenvolvido a partir do livro Aplicabilidade das Normas Jurídicas, de José Afonso da Silva, livro este que tem sido considerado como o de maior importância para o tema, seja acadêmica ou jurisprudencialmente, razão pela qual peço vênia para citá-lo livremente, assumindo o risco de ser redundante.

6 A partir do livro de José Afonso, o estudo da aplicabilidade foi desenvolvido em maior escala no Brasil, tendo, inclusive, aumentado significativamente a projeção internacional do referido autor, conforme vaticinado por ele na introdução à 3ª edição, p. 14.

7 Nos autores que se seguiram a José Afonso da Silva foi comum o questionamento acerca da nomenclatura utilizada pelo autor, dentre as quais tenho que seja mais adequada a proposta de Michel Temer. Para Temer, as normas constitucionais de eficácia contida seriam melhores designadas de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível in TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 26. O certo é que muitos se limitaram a questionar o nome jurídico dado às normas de eficácia contida, sem discutir a essência atribuída a cada espécie normativa identificada por José Afonso. Quanto aos questionamentos à classificação proposta e contra-argumentos do autor, conferir as notas 67 e 68 nas p. 85/87 do livro deste autor.

legislador para que seus efeitos essenciais sejam concretizados, conferindo executoriedade plena à norma, subdividindo-se em normas constitucionais de princípio institutivo ou orgânico e normas constitucionais de princípio programático (SILVA, 1999, p. 122).

Nesta bipartição, as normas de eficácia limitada de princípio programático traçam princípios a serem cumpridos pelo Estado, tendo como escopo a realização de seus fins sociais, podendo estar vinculados ao princípio da legalidade – dependendo de lei –, referidos aos poderes ou dirigidos à ordem econômico-social em geral (SILVA, 1999, p. 147/150).

Já as normas de princípio institutivo contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. José Afonso da Silva inclui nesse rol o art. 93 da CF-88, que traça o conteúdo básico e os princípios fundamentais da lei reguladora (SILVA, 1999, p. 123).

As normas de princípio institutivo poderão, ainda, ser dispositivas ou cogentes. As facultativas dão ao legislador a possibilidade de regular a matéria, caso julgue conveniente. Entretanto, uma vez exercida a faculdade, deverá atender aos limites, forma e condições disciplinados na Constituição. De outra banda, as normas impositivas obrigam o legislador a estatuir lei “na forma, condições e para os fins previstos”.

1.2.2. Aplicabilidade e eficácia das normas de princípio institutivo

A análise da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais de princípio institutivo dependerá da natureza destas normas, se elas são cogentes ou dispositivas.

As normas cogentes entram em vigor juntamente com a Constituição e são aplicáveis até onde possam e sua eficácia integral é dependente da lei regulamentadora (SILVA, 1999, p. 130). Quando a inexistência de lei integrativa importar na limitação de quase todas as disposições dependentes dela, todo o conjunto permanecerá inerte (SILVA, 1999, p. 133/134).

Essas normas cogentes poderão confirmar situação jurídica pré-existente, traçar novos esquemas ou traçar esquemas contrários às situações pré-existentes (SILVA, 1999, p. 132). Quando as normas constitucionais confirmarem a situação já consolidada, a eficácia jurídica desta norma permanecerá como antes até a superveniência da lei que complete o conteúdo necessário.

Tratando-se de normas que traçam novos esquemas, as normas jurídicas pré-existentes instituidoras de situações diferentes aos traçados serão revogadas e a nova situação jurídica só será validamente configurada com a lei integradora.

Por fim, aquelas normas que traçam esquemas contrários às situações já existentes invalidam as normas que cuidam dessa situação pretérita e a nova situação só terá eficácia plena com a elaboração da regra integrativa.

De outro lado, quando se tratarem de normas facultativas, “se o legislador não se utilizar da faculdade que lhe é outorgada, prevalecerão as situações instituídas nas normas ou princípios excepcionados” (SILVA, 1999, p. 134). O legislador terá a faculdade de legislar, mas se o fizer deverá atender ao que determina nas normas constitucionais. As normas facultativas limitarão a atividade legislativa, que deverá ocorrer consoante os desígnios constitucionais.

Como arrematou José Afonso (1999, p. 135), “podemos asseverar que elas [as normas de princípio institutivo] são aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa”.

1.3. Efetividade

Crise de efetividade, eis a problemática da qual nenhuma norma jurídica do ordenamento está isenta de sofrer algum dia. E deste problema as disposições constitucionais não estão imunes, talvez elas sejam as principais “vítimas”.

Karl Loewenstein (apud BARROSO, 2009, p. 64) propôs uma classificação ontológica das Constituições, levando em consideração a eficácia social que elas estão aptas ou pretendem produzir no Estado por elas organizado.

Segundo este autor, as Constituições podem ser normativa, nominal ou semântica. Será normativa a Constituição na qual poder e norma se encontram. Além de juridicamente válida, ela amolda-se à sociedade como uma luva adequa-se à mão de seu usuário.

Na Constituição nominal há desarmonia entre pressupostos sociais e econômicos, mas com perspectiva de que o amadurecimento político leve ao encontro com a norma. Ela tem um caráter educativo e prospectivo.

Será semântica aquela em que a Constituição Federal apenas legitima as relações de poder existentes, com vistas a beneficiar os detentores do poder.

Na república brasileira, foram nominais as Constituições de 1891, 1934 e 1946. Foram semânticas as de 1937, 1967 e 1969. A Constituição de 1988 é considerada por Luís Roberto Barroso como sendo normativa, pois “não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva, harmonizada com a História” (2009, p. 65).

São 3 as razões para não ser cumprida determinada regra normativa constitucional (BARROSO, 2009, p. 61/63):

- a) A norma falece de condições matérias de exequibilidade;
- b) Há falta de interesse do poder político em concretizar as normas constitucionais;
- c) “Resistência dos setores econômica e politicamente influentes”.

No primeiro caso, a norma será inexequível em algum ponto. É a demonstração prática do famoso ditado popular: “quem muito abraça, pouco aperta”. Em verdade, a norma constitucional se predispõe a tantos objetivos de uma só vez que não é possível concretiza-los. É o que ocorria com a Constituição de 1969, a qual afirmava ser “toda pessoa, natural ou jurídica, responsável pela segurança nacional” – art. 86. Tal generalização terminava por incluir deficientes mentais, menores e incapazes (BARROSO, 2009, p. 61/62).

No segundo caso, o mais comum será o poder constituído adotar posturas que sejam de embate com o determinado pelo constituinte. A norma determina que seja realizado A, mas, por conveniência, o indivíduo realiza B.

Já a resistência dos setores influentes transforma a Constituição em um “mero instrumento de dominação ideológica” (EROS GRAU apud BARROSO, 2009, p. 63). Pode ser citado como exemplo a determinação do inciso I do art. 7º da CF-88, que prevê a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar”, regra longe de ser concretizada por causa do poder econômico.

2. A MOVIMENTAÇÃO VOLUNTÁRIA DO MAGISTRADO

Não só no serviço privado, mas, também, no serviço público, o indivíduo ao exercer a atividade profissional – ou candidatar-se a tal – necessita mudar seu domicílio, seja a fim de preparar-se para o trabalho, seja

para exercê-lo. Vai-se, mas a vontade de retornar e permanecer com os seus entes queridos é algo sempre presente.

Também é inerente ao ser humano a vontade de crescimento, a vontade de novos obstáculos e desafios. É a busca pelo novo um dos motivos do progresso da humanidade. Da mesma forma, as diversas circunstâncias da vida cotidiana – como problemas pessoais ou de família – impõem mudanças ao indivíduo.

Com os magistrados não é diferente.

É neste contexto de concretização dos desejos e necessidades de mudança de domicílio que se inserem as figuras relacionadas à movimentação voluntária do magistrado. Para tal, existem os institutos da transferência, remoção, permuta⁸, promoção e acesso aos tribunais⁹.

De modo geral, a movimentação voluntária para os juízes de carreira foi prevista pelo constituinte nos incisos II, III e VIII-A do art. 93¹⁰.

A Constituição prevê, ainda, alguns procedimentos específicos no que toca ao acesso aos Tribunais Regionais Federais e a remoção ou permuta para juízes federais – inciso II e §1º do art. 107¹¹ –, investidura no cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça – inciso I do parágrafo único do art. 104 –, do Tribunal Superior do Trabalho – inciso II do art. 111-A –, do Superior Tribunal Militar – inciso II do parágrafo único do art. 123 – e no acesso aos Tribunais Regionais do Trabalho – inciso II do art. 115.

Em que pese o fato de prever-se a investidura nos tribunais superiores, na Constituição não se define a antiguidade e o merecimento como critérios aferíveis à investidura nesses tribunais. A Constituição nada fala a respeito. Requer-se, quando muito, notável saber jurídico e reputação ilibada ou idoneidade moral¹². No caso da investidura em cargo de ministro do TST¹³, essas condições somente são necessárias, explicitamente, para os integrantes oriundos do quinto constitucional, previsto no art. 94. No caso dos ministros militares integrantes do STM, requer-se que eles estejam na ativa e sejam do posto mais elevado da carreira¹⁴.

Distingue-se da movimentação voluntária aquela que pode ser denominada de compulsória¹⁵.

8 Transferência, remoção e permuta são a alteração de lotação do magistrado que têm como pressuposto a manutenção na mesma entrância. Na transferência, o magistrado permanece na mesma comarca – área de atuação territorial – em que atuava; na remoção, ocorre a alteração da comarca em que o magistrado está lotado; na permuta, também ocorrerá a mudança da comarca de atuação, todavia haverá troca de lotações entre dois ou mais magistrados entre si. Ressalte-se que o texto constitucional não prevê a transferência, ao que se leva a crer que o constituinte entende esta como subespécie da remoção (incisos II e VIII-A do art. 93). A LOMAN, por sua vez, prevê apenas as figuras da remoção, promoção e acesso (arts. 30, 45, I, e 80/88).

9 Promoção e acesso são hipóteses de progressão funcional na carreira. Na promoção, o magistrado continuará trabalhando como órgão jurisdicional isolado, na primeira instância; no acesso, o magistrado atuará na 2ª instância, no âmbito dos tribunais e, em regra, como órgão colegiado.

10 Entrância é a divisão hierárquica na carreira do juiz. No Judiciário da União, esta divisão ocorre basicamente sob as nomenclaturas de juiz substituto e juiz titular.

11 AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZ FEDERAL. PROMOÇÃO POR MERECEMENTO. 1. Segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, “É inaplicável a norma do art. 93, II, b, da Constituição Federal à promoção dos juízes federais, por estar sujeita apenas ao requisito do implemento de cinco anos de exercício do art. 107, II da Carta Magna, incluído o tempo de exercício no cargo de juiz federal substituto. Precedentes” (MS 23.789, da relatoria da ministra Ellen Gracie). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo regimental a que se nega provimento. MS 26661 AgR/DF, AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA Rel.: Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 10/11/2010, Publicação: DJe-244 DIVULG 14/12/2010, PUBLIC 15/12/2010.

12 Estes requisitos são previstos, genericamente, a todos que venham integrem o Poder Judiciário a partir do quinto constitucional – art. 94 –, no caso do STJ, terço constitucional – inciso II do par. único do art. 104. Para o STF, art. 101; para o, STJ, par. único do art. 104; para o TSE, inciso II do art. 119 – lembrando-se que nos casos do inciso I já há necessidade para a investidura naqueles outros tribunais; para os ministros civis integrantes do STM, par. único do art. 123.

13 Art. 111-A.

14 Art. 123.

15 Neste trabalho, apenas para fins didáticos, quando não for feita qualquer referência ao tipo de movimentação, estará

Em vista da garantia da inamovibilidade, a movimentação compulsória do magistrado¹⁶ é medida excepcional que deve ocorrer em razão de interesse público, conforme determinado nos incisos III do art. 95 c/c inciso VIII do art. 93 da CF-88. Barra-se, inclusive, a promoção ex officio do magistrado que a deverá requerer ao respectivo tribunal, conforme assentado pelo próprio Ministro Celso de Mello quando do julgamento do MS 27.958, cujo texto foi parcialmente transcrito na nota supra.

2.2. Critérios para a movimentação voluntária: antiguidade e merecimento

A inserção da antiguidade e do merecimento como critérios definidores do magistrado que terá o direito de movimentar-se para ocupar determinada vaga demonstra a vontade do constituinte em moralizar e tornar isonômica a movimentação voluntária. Com vistas a inibir os favorecimentos pessoais que não obedecessem a critérios objetivos o constituinte achou por bem definir os critérios da antiguidade e do merecimento para a movimentação dos magistrados.

Cumpra anotar, ainda, a crucial importância do inciso II, dispositivo de caráter moralizante e isonômico que tem como escopo coibir os abusos e o clientelismo que porventura pudessem ocorrer no âmbito do Poder Judiciário.

Antes de adentrar ao estudo da antiguidade e do merecimento, impõe-se o estudo, ainda que de forma breve, da evolução constitucional brasileira quanto à inserção destes critérios nas Constituições nacionais.

Tais requisitos não foram previstos nas Constituições de 1824 e de 1891, sendo previstos apenas a partir da meteórica Constituição de 1934, os quais foram igualmente delineados na Constituição de 1937. Nessas duas últimas, antiguidade e merecimento eram critérios aferíveis tão só quando fosse o caso de acesso aos tribunais de justiça¹⁷.

Com pequena melhora em relação aos regimes anteriores, o constituinte de 1946 previu no inciso IV do art. 124 a promoção dos juízes de entrância para entrância e destes aos tribunais segundo, em ambos os casos, a antiguidade e o merecimento, alternadamente. A promoção por merecimento para os tribunais seria mediante a escolha de lista tríplice, que poderia ser formada por juízes de qualquer

sendo tratada da movimentação voluntária.

16 No que tange à inamovibilidade, reputo despidendo tecer comentários acerca da aplicação desta garantia ao juiz substituto, pois matéria amplamente debatida no plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do mandado de segurança 27.958, assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU A INAMOVIBILIDADE GARANTIA APENAS DE JUIZ TITULAR. INCONSTITUCIONALIDADE. A INAMOVIBILIDADE É GARANTIA DE TODA A MAGISTRATURA, INCLUINDO O JUIZ TITULAR E O SUBSTITUTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I – A inamovibilidade é, nos termos do art. 95, II, da Constituição Federal, garantia de toda a magistratura, alcançando não apenas o juiz titular, como também o substituto. II – O magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inciso VIII do art. 93 do Texto Constitucional. III – Segurança concedida." (MS 27958, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 17/05/2012, Publicação: 29/08/2012) Aliás, é recomendável a leitura do inteiro teor do acórdão, pois naquele julgamento o STF firma o posicionamento sobre o alcance desta garantia, tendo o Min. Celso de Mello se pronunciado da seguinte forma: "Esse particular predicamento da Magistratura, a inamovibilidade, objetiva conferir ao juiz a garantia da independência, protegendo-o, quando no regular exercício das funções inerentes ao cargo judiciário, contra remoções arbitrárias. Essa garantia de ordem subjetiva representa, no contexto de nossa organização institucional, uma importante conquista republicana, havendo sido explicitada, para que dúvida não houvesse, pela Constituição Federal de 1934 (art. 64, 'b'). [...] A própria teleologia da norma constitucional garantidora da inamovibilidade justifica a sua incidência em favor dos juízes substitutos. [...] Enfraquecer a garantia constitucional da inamovibilidade significa comprometer, potencialmente, a independência do magistrado e descaracterizar, gravemente, o princípio do juiz natural. [...] É tão delicado e sensível esse tema que, mesmo para efeito de promoção na carreira judiciária, o magistrado precisa inscrever-se, pois não pode ser promovido 'ex officio', ou promovido compulsoriamente, banida de nosso ordenamento positivo a velha fórmula do Direito Canônico: 'promoveatur ut amoveatur'. Não fora assim estaria comprometida a própria razão de ser da garantia constitucional da inamovibilidade. [...] A garantia da inamovibilidade ampara o magistrado desde a sua investidura 'in officio'."

17 Respectivamente, Art. 104, "b" e art. 103, "b".

entrância, enquanto que na promoção por antiguidade deveria ser observada a última entrância. Era permitida a recusa do acesso por antiguidade, desde que fosse aprovado por 3/4 dos desembargadores, repetindo-se a votação até que fosse **fixada a indicação**.

Em se tratando de promoção por merecimento de juízes de primeiro grau, esta ocorreria após formação de lista tríplice pelos desembargadores do respectivo tribunal. Mantida a promoção por antiguidade, mas sem dar maiores contornos. Em qualquer dos casos, o magistrado deveria ter, no mínimo, dois anos na respectiva entrância.

Na Constituição de 1967 – incisos II e III do art. 136 – houve a separação dos incisos relativos à promoção e ao acesso. Quanto ao acesso, a única divergência do ordenamento anterior estava no quórum para recusa da promoção por antiguidade, que passou a ser de maioria dos membros do tribunal.

A promoção dos juízes na primeira instância foi qualificada pelos procedimentos até então adotados para o acesso. Assim, na promoção por antiguidade, divergiu do sistema anterior pela possibilidade de recusa na promoção, desde que por voto da maioria absoluta dos desembargadores, repetindo-se a votação até a fixação do juiz indicado. Quanto ao merecimento, seria feita a escolha por lista tríplice, quando fosse possível. Em qualquer dos casos, requeria-se do magistrado, ao menos, dois anos na entrância, salvo se aqueles que atendessem a esse requisito não aceitassem o lugar vago.

Sob a égide da Constituição de 1969 – incisos II e III do art. 144 – não houve modificações no acesso, que teve o inciso III do art. 136 da CF-67 repetido no inciso III do art. 144 da CF-69.

Inicialmente, não houve mudanças no que concerne à promoção por entrâncias para o juiz de primeiro grau, salvo quanto ao tempo mínimo na entrância atual, que passou a ser de 3 anos. Contudo, a Emenda Constitucional 7/1977 alterou para incluir a obrigatoriedade na promoção do juiz que figurasse 5 vezes consecutivas na lista de promoção por merecimento, foi dada a possibilidade de o órgão especial do tribunal recusar o magistrado mais antigo mediante voto da maioria absoluta de seus membros – mantida a possibilidade do pleno em recusar pelo mesmo quórum – e retornou-se ao tempo mínimo na entrância previsto na Constituição anterior, fixando-se em 2 anos.

Ressalte-se que todas as Constituições brasileiras que mencionaram antiguidade e merecimento como critérios para acesso – 1934 e 1937 – e para promoção e acesso – as demais – mantiveram-se limitadas ao universo da Justiça Comum Estadual, sem vedar expressamente a utilização nos demais ramos do Poder Judiciário. Por esta razão a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN – detalha com maior rigor a movimentação voluntária no âmbito do Judiciário estadual, mas determinando a aplicação dos dispositivos aos juízes togados da Justiça do Trabalho, no que coubesse¹⁸. Enfim, nesses casos, o critério de escolha será essencialmente político.

Na CF/88, a disciplina normativa básica dos critérios de movimentação voluntária está contida nos incisos II, III e VIII-A da Constituição, este último, inserido pela EC 45.

Pode-se afirmar como grande mérito do novo diploma a inclusão destes critérios como princípios a serem atendidos quando da elaboração do estatuto da magistratura, constituindo o conteúdo mínimo a ser observado para todo o Poder Judiciário. Constitucionalizou-se para os demais ramos do Judiciário a necessidade em se observar a antiguidade e o merecimento nas transferências, permutas, remoções, promoções e acessos, agora não mais constitucionalmente restritos à Justiça Estadual. Manteve-se alternância nos critérios de escolha e a promoção de entrância para entrância – cabeça do inciso II do art. 93.

18 Art. 80, § 2º: Aplica-se, no que couber, aos Juízes togados da Justiça do Trabalho o disposto no parágrafo anterior.

2.2.1. Merecimento

Qual a razão de o merecimento ser um requisito para movimentação, juntamente com a antiguidade?

Ao incluir-se o merecimento como critério para as diversas espécies de movimentação voluntária, a finalidade foi incentivar os magistrados a conformarem sua atuação profissional com as diretrizes emanadas do órgão superior na hierarquia jurídica. Entretanto, este é um requisito demasiado subjetivo, mesmo após as evoluções constitucionais, cujos objetivos foram densificá-lo objetivamente.

Quando da promulgação da Constituição de 88, o merecimento foi delineado no inciso II do art. 93, de sorte que a remissão de outros dispositivos a este método de escolha indica que a aferição será consoante o disciplinado naquele inciso.

O constituinte tornou obrigatória a movimentação do magistrado que componha a lista de merecimento por 3 vezes consecutivas ou 5 vezes alternadas, modificando a regra anterior que definia como obrigatória apenas se o magistrado compusesse tal lista por 5 vezes consecutivas. Manteve-se a necessidade de exercício por dois anos na respectiva entrância, agora fazendo-se imprescindível que o juiz esteja entre os 20% mais antigos, ressalvados apenas, dentre os que atendam aos requisitos, não houver interessados na movimentação.

Não obstante esses caracteres objetivos, no ordenamento continuou espaço para o subjetivismo, pois a aferição do merecimento deveria atender aos "critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento" – alínea "c" do art. 93¹⁹.

No que diz respeito ao acesso, antes da EC 45/2004 previa-se que a apuração da antiguidade e do merecimento deveriam ocorrer na última entrância ou nos Tribunais de Alçada, onde havia, atendendo-se, também, à classe de origem. Após debates, o STF entendeu que a referência a classe de origem determinava que os magistrados de 2º grau indicados pelo quinto também deveriam passar pelos Tribunais de Alçada – ADIn 813-7/SP –, modificando entendimento anterior que permitia a nomeação de magistrado decorrente do quinto diretamente nos tribunais de 2º grau.

Com a EC 45 os Tribunais de Alçada foram extintos e essa regra foi alterada para afirmar que "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância".

Como critério de aferição do merecimento, foi alterada a alínea "c" do inciso II para constar que se dará "conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento". Tentou-se dar maior objetividade ao conteúdo. Como bem anotado por PELUSO & GONÇALVES (2011, p. 174), "aqui reside o maior problema, pois a avaliação sobre o que seja merecimento sempre foi e será, em última análise, meramente subjetiva e por mais que se tente apresentar critérios ditos objetivos para sua aferição, o fato é que a subjetividade jamais será afastada em tal forma de promoção, levando, em muitos casos, a flagrantes injustiças".

Ainda por intermédio da Emenda 45, no art. 93 foi introduzido o inciso VIII-A, a fim de tornar expresso que o merecimento deveria ser apurado nas outras formas de movimentação voluntária – remoção e permuta –, além da promoção e do acesso.²⁰

19 "Aquele que trabalha com lentidão e escassa firmeza, levará mais tempo para ver-se incluído em lista tríplice, do mesmo modo que aqueles que negligenciem a necessária atualização dos seus conhecimentos, em cursos indicados oficialmente." CRUZ, José Raimundo Gomes da. Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 84.

20 A emenda 45 ainda alterou a redação do inciso VIII do art. 93, dando novos contornos à remoção, disponibilidade e aposentadoria por interesse público. O quórum passou de 2/3 à maioria absoluta e, além do respectivo tribunal, agora podem ser

2.2.2. Antiguidade

Quanto a este critério, o constituinte originário de 88 previu a negativa pelos juízes de segundo grau em promover o magistrado pela oposição de 2/3, desde que adotado procedimento próprio para tal. A regra era vaga quanto à defesa.

A regra atual determina que “na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação” – redação dada pela EC 45/2004.

Na redação atual da alínea “d” do inciso II do art. 93, fixaram-se a necessidade de fundamentação do voto que negue a movimentação, bem como que seja assegurada ampla defesa ao magistrado. É importante ressaltar que a fundamentação atribuída deve ser respaldada em critérios jurídicos, rechaçando-se o fundamento pro forma.

Registro, ainda, que apesar de a antiguidade não ser expressa no inciso VIII-A do art. 93, ela deve ser atendida também para remoções e permutas, de maneira alternada com o merecimento. O constituinte derivado não foi expresso quanto à antiguidade porque este é o critério comumente adotado para remoções e permutas, ao que se fazia necessário apenas explicitar a necessidade de aferição do merecimento.

2.3. A movimentação voluntária do magistrado substituto

Observe-se que em momento algum deste trabalho foi feita distinção entre juiz titular ou substituto para os fins de aferição da antiguidade e do merecimento com vistas à movimentação voluntária do magistrado. Isso ocorreu porque essa diferenciação não ocorre no plano constitucional, nem nunca ocorreu sob a vigência das Constituições anteriores (!).

São poucos os momentos em que o constituinte de 1988 diferenciou o magistrado titular do substituto. Um desses dispositivos é o inciso I do art. 93. Naquele dispositivo ficou consignado que o nome do cargo no provimento inicial recebe o qualificativo de substituto. Outra especificação foi no inciso VII, para determinar que o juiz titular deverá residir na respectiva comarca, salvo a autorização do tribunal.

Ora, embora nos tempos de neoconstitucionalismo a interpretação gramatical esteja desprestigiada, sabe-se que o legislador constituinte não utiliza palavras inúteis. Qual a razão para nos incisos I e VII referir-se a juízes substituto e titular, enquanto nos incisos II, III e VIII-A limitar-se a verbalizar apenas as palavras “juiz” e “magistrado”, sem outros adjetivos? Penso que isso não foi à toa.

Da mesma forma, os magistrados substitutos por estarem em início de carreira não teriam direito à justa movimentação, atendendo aos critérios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios aplicáveis a toda Administração Pública²¹? Penso que também têm esse direito.

O certo é que os critérios para movimentação voluntária do magistrado são uma das facetas da inamovibilidade e do juiz natural. É a partir destes critérios que se fixarão o local de atuação do próprio juiz, que não poderá ser movimentado a contragosto, salvo se ficar demonstrado que há interesse público, mitigando-se esta garantia.

Por suposto, aqui incluem-se todas as argumentações a favor da inamovibilidade, tais como a garantia de atuação independente e imparcial e a manutenção do princípio do juiz natural. Como bem anotado

realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, criado pela mesma emenda.

21 Frise-se que os integrantes do tribunal ao autorizarem ou determinarem a movimentação dos magistrados atuam atipicamente na esfera administrativa, e não em sua função típica, que é julgar.

pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 27.958, “a garantia da inamovibilidade ampara o magistrado desde a sua investidura ‘in officio’”.

2.4. Eficácia dos incisos II, III e VIII-A do art. 93 da Constituição Federal de 1988

Importante tema acerca da movimentação dos membros do Poder Judiciário é o da eficácia dos critérios definidores do indivíduo que poderá exercer este direito: saber se as normas são de eficácia plena, contida ou limitada, bem como o que impede que estas normas produzam eficácia social.

2.4.1. Eficácia jurídica

Neste ponto do trabalho o necessário é, diante da classificação de José Afonso da Silva, saber qual a aplicabilidade os incisos II, III e VIII-A do art. 93.

José Afonso da Silva, em razão de as regras do art. 93 conterem esquemas gerais de estruturação da carreira dos magistrados, afirma que as normas desse artigo são de princípio institutivo, logo, de eficácia limitada. Para ele, os incisos do art. 93 requerem a existência de lei para a aplicação plena (1999, p. 123/124).

Muito embora esse entendimento de que são normas de princípio institutivo, a existência da LOMAN ao tempo da promulgação da CF-88 retiraria o caráter de limitado da eficácia dos incisos do art. 93. A LC 35/79 torna essas normas de eficácia limitada em normas de eficácia plena, bastando que o intérprete adequa a disciplina legal ao novo conteúdo constitucional (SILVA, 1999, p. 186).

Para Luís Roberto Barroso as normas em comento têm aplicabilidade plena, pois traçam regras para o funcionamento do órgão jurisdicional (2009, p. 94).

Embora a LOMAN disponha sobre alguns aspectos da antiguidade e do merecimento, não há na prática atual quem negue a eficácia jurídica aos incisos II e III. Ainda que de forma canhestre, como no caso de aplicação restrita aos juízes titulares e somente para promoção e acesso, os dispositivos que transbordam a normatividade da Lei Complementar 35/79 não têm a aplicabilidade contestada.

Os incisos II e III do art. 93 trazem em si todos os elementos caracterizadores da eficácia jurídica plena. Exemplificando: a) apesar da cabeça do § 1º do art. 80 da LOMAN, os critérios de antiguidade e merecimento são aplicados nas diversas órbitas do Judiciário; b) apesar de a lei prever a necessidade de o magistrado estar 5 vezes consecutivas na lista tríplice para ser promovido obrigatoriamente, aplica-se a regra constitucional de que bastam 3 vezes consecutivas ou 5 alternadas.

Percebe-se que estas normas teriam aplicabilidade limitada no que toca ao merecimento, pois na alínea “c” do inciso II não são definidos quais serão os “critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição”, também não determina quais as condições para os “cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”. Tais critérios devem ser destrinchados no Estatuto da Magistratura a ser elaborado pelo STF, afirmando-se quais são os critérios objetivos e como se define um curso oficial ou de aperfeiçoamento.

A LOMAN deixou esta tarefa para os regulamentos dos tribunais, mas nada impede que esta tarefa seja realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – como o foi na Resolução 106/2010 – a fim de que se tenha uniformidade no tratamento do tema, muito embora o ideal é que ocorra na própria lei, pois caberá a ela regulamentar esses critérios, e não a um ato administrativo. Do contrário seriam atos administrativos autônomos regulamentando diretamente a constituição, quando, em verdade, os atos administrativos devem regulamentar a lei sem afirmar quais serão, por exemplo, os critérios objetivos, mas como eles serão aferidos.

Quanto ao inciso VIII-A do art. 93, este ainda tem eficácia limitada, pois, diferentemente dos incisos II e III, é hipótese constitucionalmente posterior à edição da LOMAN, portanto não prevista ou regulamentada nela. Isto quer dizer que, por se tratar de norma cogente que cria situação jurídica nova, a remoção a pedido e a permuta dependem da promulgação do novo Estatuto da Magistratura.

Indagação interessante quanto a esse inciso diz respeito à extensão da expressão “no que couber”. Isso deverá ser delimitado no Estatuto. Aplica-se a regra de listas tríplices para permuta e remoção? É necessário que o magistrado tenha 2 anos na respectiva entrância para ser permutado ou removido? Quais os critérios objetivos de produtividade e presteza para esses fins? Essas são situações a serem regulamentadas no referido Estatuto.

Outro ponto importante relativo ao inciso VIII-A diz respeito à antiguidade. Ao mencionar apenas o merecimento para a permuta e a remoção o constituinte derivado não olvidou a aplicação da antiguidade, apenas utilizou-se do chamado silêncio eloquente, pois este critério já é amplamente utilizado nos diversos tribunais do Brasil. A intenção foi deixar explícito que também deveria ser utilizado o critério do merecimento.

2.4.2. Eficácia social

Uma vez analisada a aplicabilidade dos incisos II, III e VIII-A do art. 93 da CF-88, cabe estudar a concretização das normas no mundo dos fatos, a eficácia social (BARROSO, 2009, p. 82).

Ao analisar resoluções de alguns tribunais do trabalho acerca da movimentação voluntária, percebe-se que as disposições constitucionais não são aplicadas como deveria ocorrer, sobretudo no que toca à eficácia dos dispositivos para os juízes substitutos ou na movimentação na mesma entrância segundo o critério do merecimento.

Aqui, citarei alguns exemplos do que costuma ocorrer e como são socialmente ineficazes essas normas da Constituição. De antemão, resalto que o mais comum é violar-se a remoção e a permuta quando da designação de juiz substituto para atuar em determinada Unidade Jurisdicional sem atender à antiguidade e ao merecimento. O mesmo também costuma ocorrer quando se trata do juiz substituto, que, normalmente, é designado para atuar em determinada Unidade com fundamento na antiguidade.

O TRT da 2ª região disciplina a designação de juízes substitutos na Resolução GP 03/2012. Nessa resolução, não se observa o merecimento para a designação dos substitutos, consignando no art. 3º que “os Juízes do Trabalho Substitutos optarão pela circunscrição a que desejam se vincular, observando-se a antiguidade na carreira”. Mais adiante, no § 3º do mesmo artigo, permite-se aos magistrados que permutem a fim de alterar a respectiva circunscrição, mas, novamente, dependente da antiguidade.

No Tribunal da 4ª região, por intermédio da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria, os juízes substitutos também se distribuem tendo a antiguidade como critério – § 1º do art. 1º.

O TRT da 5ª região dispôs sobre as designações de substitutos no Provimento 03/2012 da Corregedoria Regional. A designação atenderá à antiguidade e à manifestação do magistrado substituto – § 2º do art. 2º – formando-se lista quádrupla com o nome dos mais antigos para que o juiz titular da Unidade escolha o juiz que irá auxiliar na respectiva Unidade Jurisdicional.

Observa-se, ainda no Provimento 03, que no âmbito do tribunal da 5ª região o juiz substituto não tem a garantia da inamovibilidade, pois poderá ser dispensado da Unidade por petição fundamentada do juiz titular e de ofício pelo Corregedor Regional.²²

22 Quanto à manutenção da inamovibilidade do juiz auxiliar, vide a ementa do MS 27.958 impetrado no STF e citada em nota de rodapé supra.

A resolução 014/2011 do TRT da 9ª região determina no art. 231 que a remoção dos juízes titulares ocorrerá pelo critério exclusivo da antiguidade. No art. 4º da mesma resolução, fica estabelecido que a remoção do juiz de 2º grau para turmas ou seção especializada atenderá, novamente, à antiguidade.

No art. 56 do Regimento Interno do TRT da 12ª região foi consignado que a designação do juiz substituto para atuar em uma Unidade de 1ª instância deverá atender à antiguidade.

No tribunal da 18ª região a designação de juiz substituto para auxiliar nas Unidades depende do consentimento do juiz titular – par. único do art. 94 do Regimento Interno –, sem mencionar se atenderá aos critérios da antiguidade e do merecimento.

Nestes aspectos a Justiça Comum Estadual da Bahia, por exemplo, está em maior sintonia com os comandos constitucionais, à medida que, inclusive nas remoções de juízes de Direito, utiliza-se dos critérios de antiguidade e merecimento alternadamente. Peca por ainda não permitir expressamente que os substitutos também o façam da mesma forma.²³

Esse descompasso entre as regulamentações dos tribunais frente à Constituição Federal é algo que deve ser corrigido. Todavia, a grande dificuldade em fazer as adequações aos regulamentos expedidos pelos próprios tribunais reside no fato de que isso resultará em perda de poder político.

Vê-se na atual sistemática que os juízes substitutos terminam por ficar à mercê do juiz titular da Unidade Jurisdicional, comprometendo sua independência funcional. Havendo casos pelo Brasil, como o narrado no MS 27.758, em que o magistrado é constantemente alterado de comarca ou de Unidade por divergências políticas.

Infelizmente, é forçoso reconhecer que a negativa por parte dos tribunais em reconhecer a inamovibilidade do juiz substituto e o atendimento dos critérios de antiguidade e merecimento nos diversos casos de movimentação voluntária do magistrado, seja ele titular ou substituto, decorre da manutenção do poder político.

Também é triste observar que o sistema posto redunde em abusos por parte de alguns. Nunca é demais lembrar que os critérios definidos na Constituição Federal existem com a finalidade de coibirem-se clientelismos nas designações dos magistrados – titulares e substitutos –, bem como garantir a existência do juiz natural para a causa.

Quanto à eficácia social do inciso VIII-A do art. 93 da CF-88, ainda que considerado o dispositivo como de aplicabilidade limitada, tem que se observar que o magistrado tem o direito a ser removido a pedido ou permutar também pelo critério do merecimento. Cumpre aos tribunais respectivos dispor sobre como será aferido o merecimento e modo como será utilizado nas remoções e permutas, pois como visto acima, as normas constitucionais de princípio institutivo podem ser aplicadas independentemente da edição de lei, a qual terá o condão de completar a aplicabilidade da norma.

Nada impede, também, que a falta de regramento específico para esta aferição pelo órgão judiciário a que ele se vincula pode dar ensejo à impetração de mandado de injunção para que ele veja concretizado este direito.

Percebe-se, assim, que estas normas estudadas não são aplicadas por faltarem interesses políticos na eficácia social da mesma. Não são raros no Brasil os casos de juízes que tomaram posse e nunca exerceram a atividade fora da capital. Isso só é possível por causa do sistema posto à disposição, que permite a designação de magistrados sem atender à antiguidade e ao merecimento.

3. CONCLUSÕES

A partir deste estudo pretendi expor a aplicabilidade e a efetividade dos dispositivos relativos à movimentação voluntária dos magistrados, de modo que pude chegar a algumas conclusões.

- a) As normas previstas no art. 93 da CF-88 são normas de eficácia limitada, de princípio institutivo;
- b) Antiguidade e merecimento foram previstos primeiro na CF-1934;
- c) Apesar de ser norma de eficácia limitada, o inciso VIII-A pode ser aplicado independentemente da edição da lei integradora e também se aplica à antiguidade;
- d) O constituinte não pretendeu distinguir juízes titulares de substitutos para os fins de movimentação voluntária;
- e) A existência da LOMAN torna os incisos II e III do art. 93 de eficácia plena;
- f) O Estatuto da Magistratura deverá definir a extensão da expressão “no que couber”, prevista no inciso VIII-A;
- g) Os magistrados tem direito subjetivo à movimentação voluntária de acordo com os critérios de antiguidade e merecimento, de forma alternada, podendo utilizar-se das vias judiciais com a finalidade de ver o direito concretizado;
- h) Para a investidura nos tribunais superiores não se requer a apuração da antiguidade e do merecimento;
- i) A falta de eficácia social dos incisos II, III e VIII-A decorre da falta de interesse político;
- j) É necessário concretizar de forma total os incisos referentes à movimentação voluntária a fim de que sejam garantidos aos magistrados a independência e o princípio do juiz natural, além de serem meios de evitar comportamentos contrários à moral e à isonomia.

4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed. atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza & GONÇALVES, José Wilson. **Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: lei complementar 35/1979 – LOMAN**. 2ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed., 3ª tir., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC 52/2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª ed., 2ª tir.. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

A PENHORA DE PERCENTUAL DO FATURAMENTO DAS EMPRESAS: EQUÍVOCO DO INCISO VII DO ART. 655 DO CPC

Paulo César Araújo Vieira
Economista, Contador, acadêmico do
curso de Direito da UCSal.

Resumo: O objetivo deste trabalho foi comprovar que a penhora de percentual do faturamento das empresas, em sede de Direito Processual do Trabalho, inserida no ordenamento jurídico pátrio por força da Lei n.º 11.382/2006, que alterou o art. 655 do Código de Processo Civil (CPC), não é o remédio processual adequado para a resolução dos litígios de natureza trabalhista. Para tanto, buscamos na doutrina a definição, finalidade e aplicabilidade do instituto da penhora. Em seguida, exploramos o conceito

de "faturamento", com um olhar direcionado para as múltiplas operações das empresas com os demais agentes econômicos, enfocando o conceito de ciclo operacional e de capital de giro. Do cotejo destes dois elementos, penhora e faturamento, restou comprovado o problema da pesquisa, qual seja, o equívoco da penhora de percentual do faturamento das empresas para a solução dos litígios trabalhistas, em face do risco de descontinuidade das atividades empresariais. Por fim, identificamos um modelo alternativo de penhora tendo como foco o lucro das empresas e não o seu faturamento. O resultado projetado permite afirmar que o modelo proposto pode e deve ser utilizado como subsídio para os operadores e julgadores do direito que militam na esfera do Direito Processual do Trabalho.

Palavras-chave: Penhora. Faturamento. Empresas. Lucros.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil (CPC) vem passando por inúmeras alterações objetivando a junção das funções de cognição e execução, contribuindo com maior instrumentalidade, economia e celeridade processuais, tendência irreversível do Direito contemporâneo. O rito processual passou a ser "sincrético". Destas, as introduzidas pela Lei n.º 11.382/06 que alterou o art. 655 do CPC, além de instituir nova ordem de preferência dos bens do executado (devedor) para efeito de penhora, inovou ao permitir, em seu inciso VII, a penhora de percentual do faturamento de empresa devedora.

As alterações ocorridas no CPC refletem no Direito Processual do Trabalho em decorrência do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que determina: "nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título".

Assim, o Direito Processual Trabalhista, em sua fase de execução, passou a contar com a penhora de percentual do faturamento de empresa devedora, nos mesmos moldes estabelecidos no inciso VII do art. 655 do CPC.

O presente trabalho tem por objetivo lançar um olhar sobre o instituto da penhora, notadamente sobre a penhora de percentual do faturamento das empresas, com pretensões de ir além da simples interpretação literal do comando inserido no inciso VII, do ar. 655 do CPC.

2. A PENHORA

2.1 Conceito

Em lição do mestre Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 268)

[...] sua indispensável presença é que dá o primeiro passo nos atos executivos tendentes a realizar a transferência forçada dos bens do devedor. É ela, a penhora, que realiza a função de individualizar os bens que o juízo executivo deverá proceder para a pretensão do credor.

Para o doutrinador, o “entendimento dominante na melhor e mais balizada doutrina significa a penhora um ato executivo (ato de processo de execução), cuja finalidade é a preservação dos bens a serem submetidos ao processo de execução”.

Para Didier (2010, p. 533),

[...] a penhora satisfaz diretamente a pretensão do exequente, quando o bem penhorado for por ele adjudicado como pagamento da dívida; satisfaz indiretamente, quando o bem penhora for alienado, e o produto da venda for entregue ao exequente.

Os diversos doutrinadores citados pelo autor (Marques, Liebman, Assis, Câmara, etc.), em linhas gerais, confirmam que a penhora é ato que individualiza a responsabilidade patrimonial do devedor, antes genérica, sendo, também, ato executivo e coativo.

Baseado no exposto, pode-se inferir que a penhora representa: um ato individual coativo de execução, praticado pelo Estado, no exercício do seu poder/dever de prestação jurisdicional, individualizando bens do patrimônio do executado, de forma a satisfazer o direito do exequente, restabelecendo, assim, a harmonia das relações sociais.

Cristalinas, portanto, na gênese do instituto em comento, duas vertentes: (i) a individualização de bens do devedor para a satisfação do direito do credor; e (ii) a intervenção coativa do Estado no patrimônio do devedor.

2.2 Função da penhora

Didier (2010, p. 534) nos ensina que a penhora possui três funções: a) individualização e apreensão do bem; b) o depósito e a conservação do bem; e c) a atribuição do direito de preferência ao credor.

Já Theodoro Júnior (2010, p. 269) informa que a penhora representa a “individualização, apreensão e depósito de bens do devedor, que ficam à disposição judicial (CPC, art. 664 e 665), tudo com o objetivo de subtraí-los à livre disponibilidade do executado e sujeitá-los à expropriação”, para reconhecer, também, três funções do instituto, quais sejam:

- individualizar e apreender efetivamente os bens destinados ao fim da execução;
- conservar os ditos bens, evitando sua deterioração ou desvio; e
- criar preferência para o exequente, sem prejuízo das prelações de direito material estabelecidas anteriormente.

Ambos os doutrinadores concordam em relação às três funções exercidas pela penhora, apontando, inclusive, a individualização e apreensão de bens do patrimônio do devedor como sendo a primeira das suas funções.

2.3 A ordem legal de nomeação de bens à penhora: flexível ou taxativa?

Bueno (2010, p. 260), nos informa que:

‘O art. 655 disciplina qual a ordem que deve ser observada para fins de penhora [...] é importante que a gradação feita pelo legislador seja observada’. O que importa é que o legislador fez uma avaliação sobre quais bens podem ser penhorados antes de outros, buscando conciliar os interesses e os direitos contrapostos do exequente e do executado, e a ordem dela decorrente deve ser observada pelo intérprete e pelo aplicador do direito. Na normalidade dos casos, portanto, a ordem do art. 655 deve ser observada. O executado tem o direito de ser executado em observância ao que consta do dispositivo. É este o devido processo legal, tal qual eleito pelo legislador mais recente.

Todavia, ressalva o autor que, em não acontecendo a situação de “normalidade” dos acasos, a ordem pode ser flexibilizada. “O direito processual civil sempre leva à flexibilização da letra da lei mesmo que a lei não seja clara, consoante sejam as necessidades e os valores a ser prestigiados em cada caso concreto”.

O entendimento jurisprudencial recente adota tal entendimento, *in verbis*:

Gradação legal. Caráter relativo. 'Embora não tenha força para, por si só, comprometer a ordem legal da nomeação e substituição dos bens à penhora estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, o princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) pode, em determinadas situações específicas, ser invocado para relativizar seu rigorismo. Amoldando-o às peculiaridades do caso concreto' (STJ, REsp 741.507/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, jul. 02.10.2008 DJe 17.12.2008).

Cristalina, portanto, a possibilidade de flexibilização da ordem legal de nomeação dos bens à penhora, contida no art. 655 do CPC.

2.4 A penhora de percentual do faturamento das empresas

Anteriormente à Lei nº. 11.382/2006, o TST, Seção de Dissídios Individuais 2, editou a Orientação Jurisdicional – OJ nº. 93/2002, permitindo “a penhora sobre a renda mensal ou faturamento de empresa, limitada a determinado percentual, desde que não comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades”.

De Paula (2007) informa que o TST vem tratando a questão da seguinte forma: “a penhora sobre o faturamento de empresa ficará condicionada ao limite que não inviabilize a atividade econômica da empresa”. Ainda segundo o autor, tal percentual (limite) vem gravitando entre 30% (RT. 695/107, j. 25.8.92), 20% (AgRg no Resp 804656/RJ, Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 10.04.2006), 10% (Resp802035/PR, Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 24.11.2006) e 5% (Resp885777/RJ, Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 02.04.2007).

A jurisprudência admite a penhora do faturamento de empresa condicionada a determinadas requisitos, *in verbis*:

Faturamento de empresa. Capital de giro (inciso VII). 'As turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa desde que, cumulativamente: a) o devedor não possua bens ou, se os possuir, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado, b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, art. 677) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Recurso Especial parcialmente provido'. (STJ, REsp 866.382/RJ, Rel. Min^a. Nancy Andrichi, 3ª Turma, Jul. 11.11.2008, DJe 26.11.2008)

Em crítica contundente a respeito do tema, Alvim (2006, p. 253), argumenta:

Se a penhora de faturamento não se presta senão para 'garantir' o juízo (art. 737), não podendo ser utilizado para fins de pagamento do débito, antes de finda a execução, a única utilidade imediata dessa constrição é a de retirar da empresa parte (ou até a totalidade) do seu capital de giro, obrigando-a a buscar no mercado financeiro, a reposição a juros escorchantes, a repassá-los aos preços, perdendo competitividade no mercado. Aliás, não é nada ético que a receita ou faturamento da empresa seja depositado numa 'conta judicial', corrigida pelos índices da caderneta de poupança, utilizável pelo ente público mantenedor da Justiça (União ou Estado), por tempo indeterminado, porque ninguém neste País, nem o próprio juiz, sabe quando a execução por quantia certa chega a seu termo dispendo a empresa de bens de outra natureza (imóveis, veículos, máquinas e equipamentos) para garantir a execução (ou cumprimento) da sentença. Diversa é a hipótese em que o executado não disponha de outros bens, senão o seu próprio faturamento para a satisfação do débito, mas, mesmo nesse caso, deve a constrição do faturamento obedecer a um critério de razoabilidade, para não prejudicar o capital de giro da empresa, porque a penhora se destina, a essa altura, à simples garantia do juízo e não ao pagamento do débito.

3 ASPECTOS OPERACIONAIS DAS EMPRESAS

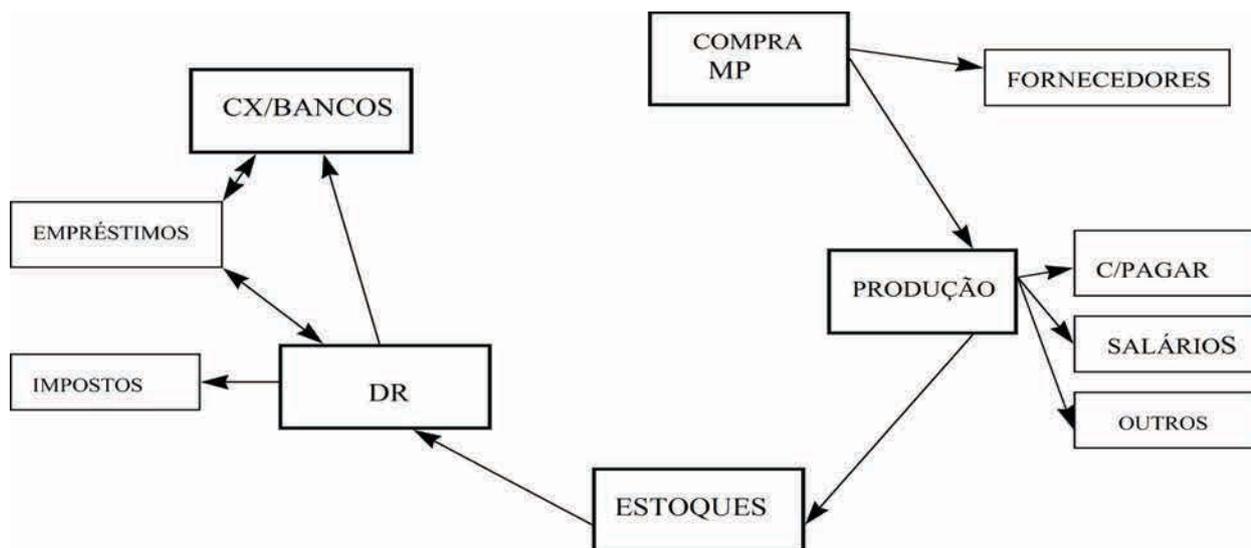
Não poderíamos continuar sem abordar, ao menos de forma introdutória, dois relevantes aspectos do universo das empresas, a saber: ciclo operacional e capital de giro.

3.1 Ciclo operacional

O ciclo operacional compreende o tempo necessário para a realização das atividades estabelecidas no objeto social das empresas plasmadas no instrumento de constituição (contrato ou estatuto social) que, normalmente, envolve inúmeras e complexas atividades.

A Figura 1 retrata, de forma sucinta, o ciclo operacional de uma empresa industrial. De certo, a atividade de compra dos produtos [COMPRA MP] para revenda (mercadorias) ou transformação (matéria-prima) coloca a empresa em contato com os fornecedores, negociando quantidades, preços, prazos de fornecimento e condições de pagamento dos produtos e/ou serviços tomados. A atividade de produção [PRODUÇÃO], por sua vez, envolve o pagamento de salários e encargos aos empregados envolvidos diretamente com o processo produtivo, além dos pagamentos de outros insumos tais como energia elétrica, materiais sobressalentes e outros. A atividade de armazenamento [ESTOQUES] implica em investimentos em instalações adequadas de forma a proporcionar proteção e preservação dos produtos até o momento de transporte/ entrega aos consumidores. Por derradeiro, as vendas dos produtos [DR] que equivalem ao FATURAMENTO das empresas, impactam diretamente nos impostos por elas devidos.

Figura 1 – Ciclo operacional. Empresa industrial. Matarazzo. Análise das demonstrações financeiras.



Fonte: Atlas. 2002. Adaptado

O ciclo operacional representa um fluxo contínuo de investimentos e financiamentos gerenciados pelas empresas em busca da geração de riqueza cujas densidade e representatividade podem ser avaliadas tendo por base o volume das suas atividades.

O faturamento é o único elemento do ciclo operacional capaz de gerar riqueza patrimonial disponível se, e somente se, contiver em sua estrutura interna um fator de realização superior aos investimentos efetuados nos demais elementos do ciclo. Tal fator é o lucro.

3.2 Capital de giro

O capital de giro de uma empresa corresponde aos recursos financeiros próprios ou de terceiros necessários para financiar o ciclo operacional.

Diante do descasamento entre os fluxos de recebimentos (função das vendas) e dos pagamentos (função das compras), as empresas utilizam recursos financeiros excedentes e/ou os obtêm de terceiros, na forma de empréstimos de curto prazo capital de giro, de forma a não interromper as atividades do ciclo operacional.

Tais empréstimos podem ser visualizados na Figura 1, funcionam como uma espécie de ponte entre as vendas [DR] e o [CAIXA] necessário para novas [COMPRAS], reiniciando e/ou retroalimentando o ciclo operacional.

Do exposto, compreende-se a crítica de Alvim (2006, p. 253) de que a penhora desmedida de percentual do faturamento tem como utilidade imediata “retirar da empresa parte (ou até a totalidade) do seu capital de giro, obrigando-a a buscar no mercado financeiro, a reposição a juros escorchantes, a repassá-los aos preços, perdendo competitividade no mercado”.

O resultado de tal procedimento, quase sempre, impacta negativamente no ciclo operacional das empresas, interrompendo suas atividades operacionais.

3.3 Faturamento: o que significa?

Tendo por fundamento as interrelações das empresas com os diversos agentes econômicos, podemos inferir que o “faturamento” é a completude do ciclo operacional anteriormente comentado.

Em outras palavras, o faturamento representa um plexo financeiro realizado (transformado em dinheiro) ou a realizar, representativo de múltiplas funções e contendo variados destinatários tais como: fornecedores (remuneração dos insumos adquiridos e ainda não pagos); empregados, envolvidos, direta ou indiretamente, no processo produtivo (remuneração dos salários, benefícios sociais e encargos trabalhistas); a própria empresa enquanto pessoa jurídica, distinta da pessoa dos seus sócios/acionistas (retorno dos investimentos realizados em máquinas e equipamentos); instituições financeiras (capital e juros dos agentes financeiros, bancos comerciais e de fomento); e o Estado (representado pelos tributos a serem recolhidos aos cofres públicos).

De forma macro, o faturamento equivale aos insumos de todo gênero + impostos + lucros (retorno positivo do risco empresarial).

3.4 Contradição nos julgados do TST

Diante do exposto, questionamos: **É possível a penhora de percentual de faturamento da empresa consentâneo com a preservação de suas atividades econômicas?**

Com a *maxima venia*, restou comprovado que não. A uma, porque a penhora em comento não especifica sobre qual dos elementos que compõem o faturamento recairá a constrição judicial, afastando-se, assim, da gênese do instituto que é a segregação de bens/direitos do patrimônio do devedor. A duas, porque resta impossível inferir o ponto de presunção de manutenção da atividade da empresa em face da própria composição etiológica de faturamento. A três, porque penhora de percentual de faturamento e preservação de empresa são pretensões incompatíveis.

A penhora de percentual do faturamento das empresas, além de incompatível com os fundamentos doutrinários do instituto, comete ato arbitrário de intervenção do Estado no patrimônio da empresa, proporcionando, como fim último de tal constrição, o risco de descontinuidade das suas atividades operacionais.

4. PROPOSTA ALTERNATIVA DE PENHORA

A satisfação célere do direito do credor é condição sine qua non de um eficiente sistema jurisdicional, necessário e desejado por todos, principalmente na esfera da Justiça do Trabalho, onde, normalmente, são disputadas verbas de natureza alimentar. Não se pretende fugir do objetivo ótimo do sistema.

Objetivando resguardar o direito sagrado do exequente e, ao mesmo tempo, preservar a empresa unidade produtora/geradora de riqueza social, propomos um modelo alternativo da penhora envolvendo as empresas, qual seja: a penhora de parcela dos lucros das empresas, equivalente a um determinado percentual do seu faturamento.

4.1 Identificação do lucro objeto da penhora

Uma questão de fundo da proposta aqui defendida diz respeito à individualização e valoração dos lucros das empresas, principalmente em relação às médias e pequenas que, normalmente, por falta de estrutura empresarial razoavelmente profissionalizada, não conseguem produzir registros condizentes com as melhores técnicas e práticas indispensáveis à revelação de tais lucros.

Superando tais dificuldades, o fisco federal determinou que a base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é o lucro real, presumido ou arbitrado (art. 219 do Decreto n.º 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda), ou seja, o imposto de renda devido pelas empresas incide sobre o lucro fiscal, determinado pelos critérios adotados para a apuração do lucro real, presumido ou arbitrado.

Regra geral, o critério de apuração do imposto de renda com base no lucro real é utilizado pelas grandes empresas e/ou empresas fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil (instituições financeiras de todo gênero, consórcios, cooperativas de créditos, etc.). Raríssimo é tais empresas possuírem litígios trabalhistas a ponto de execução de penhora de faturamento. Tal critério não será objeto de análise.

O critério de apuração do imposto de renda com base no lucro arbitrado representa uma ação coercitiva, por parte do fisco, aplicada às empresas sem nenhum registro e/ou registros totalmente inadequados das suas atividades, sendo, portanto, critério excepcional de tributação. Também não analisaremos tal critério.

Restou, por derradeiro, o critério de apuração do imposto com base no lucro presumido. Para Fabretti (1999, p. 75), o lucro presumido ou estimado é um conceito tributário que tem por finalidade facilitar o pagamento do IR sem ter que recorrer à complexa apuração do lucro real. Com acerto, a apuração do imposto com base no lucro real exige, por parte das empresas, refinado processo contábil e de controles internos de forma a comprovar, a qualquer tempo (5 anos), a origem das receitas e despesas registradas no período tributável.

Em verdade, o critério de apuração do imposto com base no lucro presumido equivale a uma presunção de rentabilidade líquida (lucro) por parte das empresas, tendo por fundamento três elementos, a saber:

- as atividades desenvolvidas pelas empresas;
- a receita bruta (o faturamento propriamente dito, as receitas financeiras e demais receitas) obtidas pelas empresas no período tributável; e
- o percentual de presunção de lucro.

Higuchi, Higuchi e Higuchi (2011, p. 59) ensinam que:

a base de cálculo do imposto de renda das empresas tributadas com base no lucro presumido, em cada trimestre, será determinado mediante aplicação de percentuais fixados no art. 15 da Lei 9.249/95, de acordo com a atividade da pessoa jurídica, sobre a receita bruta aferida no trimestre [...].

Por sua vez, o art. 223 do Decreto 3.000/99 – Regulamento do Imposto de Renda especifica os percentuais de presunção de lucro por atividade, conforme o Quadro 1:

Quadro 1 Percentual de lucratividade por atividade:

Atividades	(%)
Atividades de comércio / indústria em geral	8,0
Revenda de combustíveis	1,6
Serviços de transporte (exceto o de carga)	16,0
Serviços de transporte de cargas	8,0
Serviços em geral (exceto serviços hospitalares)	32,0
Serviços hospitalares	8,0
Intermediação de negócios	32,0

Administração, locação ou cessão de bens e direitos de qualquer natureza (inclusive imóveis)	32,0
--	------

Fonte: Decreto n.º 3.000/99 – RIR/99 – Adaptada.

No caso de a pessoa jurídica explorar atividades diversificadas, deverá ser aplicado, especificamente, para cada uma delas, o respectivo percentual previsto na legislação, devendo as receitas ser apuradas separadamente (RIR/1999, arts. 223, §3º e 518).

Assim, restringindo o conceito de receita bruta, ou seja, considerando apenas o valor do faturamento, o critério do lucro presumido pode ser utilizado para definir os lucros objeto da penhora em comento.

4.2 Modelo alternativo de penhora

Exemplificando o modelo alternativo de penhora proposto, imaginemos um caso hipotético em que a empresa Hora Extra Ltda., exercendo atividade de comércio varejista, com faturamento de R\$ 100,00 e tributada pelo fisco federal com base no critério de lucro presumido, apresentaria lucro tributável de R\$ 8,00 ($R\$ 100,00 \times 8\% = R\$ 8,00$), conforme apresentado no **Quadro 2**:

Descrição	R\$	%
Receita Bruta (= Faturamento)	100,00	100,00
(-) Insumos/salários / encargos / tributos	(92,00)	(92,00)
= Lucro operacional	8,00	8,00

Posteriormente, sendo a Hora Extra Ltda. polo passivo em litígio de ordem trabalhista, tendo contra si comando judicial de penhora de 20% do seu faturamento, passaria a apresentar um prejuízo de R\$ 12,00 (**Quadro 3**).

Descrição	R\$	%
Receita Bruta (= Faturamento)	100,00	100,00
(-) Penhora	(20,00)	(20,00)
(-) Insumos/salários / encargos / tributos	(92,00)	(92,00)
= Prejuízo operacional	(12,00)	(12,00)

A penhora de 20% do faturamento conduziria a Hora Extra Ltda. a uma situação de insolvabilidade, pondo em risco a sua continuidade operacional, uma vez que o percentual penhorado do faturamento consumiria os recursos financeiros (capital de giro) necessários ao financiamento do ciclo operacional, comprometendo a continuidade das suas atividades operacionais.

Todavia, se a penhora recaísse sobre parcela do lucro presumido da Hora Extra Ltda., digamos, de 30% ($R\$ 8,00 \times 30\% = R\$ 2,40$) ocorreria, cumulativamente, a garantia da pretensão do direito do exequente, a manutenção da disponibilidade dos recursos financeiros necessários ao financiamento do ciclo operacional (capital de giro) e, conseqüentemente, a continuidade das operações da empresa, conforme demonstrado:

Descrição	R\$	%
Receita Bruta (= faturamento)	100,00	100,00
(-) Penhora (30% lucro presumido)	(2,40)	(2,40)
(-) Insumos/salários / encargos / tributos	(92,00)	(92,00)
= Lucro Operacional	5,60	5,60

Ora, "do nada, nada se tira". Sem a remuneração necessária para a satisfação dos diversos fatores produtivos (fornecedores, empregados, financeiros, tributos, etc.) incluso no faturamento, a empresa não sobreviverá.

A penhora de percentual do faturamento de uma empresa representa o comprometimento constante e inexorável de suas atividades operacionais. Tal prática, além de inviabilizar a satisfação do direito do credor, frustrando sua confiança do sistema jurisdicional, resulta em perda generalizada para a sociedade.

4.3 Instrumentalização do modelo alternativo de penhora

Objetivando a instrumentalização do modelo alternativo de penhora proposto, criamos uma tabela que denominamos de "TABELA DE PENHORA DOS LUCROS" que, utilizada no caso hipotético em que a empresa INSALUBRE LTDA, exercendo as atividades de comércio e prestação de serviços, com faturamento mensal por atividade de R\$ 100.000,00 e R\$ 80.000,00, respectivamente, tendo contra si a constrição de 20% do seu lucro, apresentaria os seguintes valores/percentual de penhora sobre faturamento, conforme **Quadro 5**.

VARA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DO ESTADO DA BAHIA				
PROCESSO N. :				
RECLAMANTE: João de Deus				
RECLAMADA: INSALÚBRE LTDA				
PENHORA: PARCELA DOS LUCROS:				
Descrição	Aliquota	MESES		
		01/13	02/13	
I - FATURAMENTO POR ATIVIDADES				
- COMÉRCIO / INDÚSTRIA		100.000,00	100.000,00	
- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS		80.000,00	80.000,00	
TOTAL FATURAMENTO MÊS		180.000,00	180.000,00	
II - LUCRO PENHORÁVEL				
COMÉRCIO / INDÚSTRIA	8%	8.000,00	8.000,00	
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	32%	25.600,00	25.600,00	
TOTAL DO LUCRO PENHORÁVEL		33.600,00	33.600,00	
III - CÁLCULO DA PENHORA				
PERCENTUAL	20%			
VALOR MENSAL		6.720,00	6.720,00	
PERCENTUAL PENHORADO DO FATURAMENTO		3,73%	3,73%	
PERCENTUAL FIXO				
PERCENTUAL VARIÁVEL				

O lucro penhorável da INSALUBRE LTDA seria obtido mediante a multiplicação do faturamento por percentuais fixos, definidos pelo fisco federal em face de cada atividade exercida pela executada, tendo por base o critério de apuração do imposto de renda com base no lucro presumido. Identificado o lucro penhorável, restaria a serene e ponderada decisão do juízo sobre o percentual do lucro e ser penhorado. Para uma penhora de 20% do lucro apurado, por exemplo, a planilha indicaria, automaticamente, o valor da constrição mensal de R\$ 6.720,00, representando 3,73% do faturamento mensal da executada.

4.4 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DO CONCEITO DE FATURAMENTO UTILIZADO

O modelo proposto é estribado no conceito de lucro tributável com base no lucro presumido, tendo como vetor alimentador, exclusivamente, o faturamento (atividade operacional).

Gemignani (2008, p. 30), em trabalho de fôlego abordando a penhora do faturamento em mandado de segurança e habeas corpus, defende um conceito amplo de faturamento. Para a autora:

Uma das controvérsias consiste em definir se o faturamento deve ser entendido apenas como o referente às receitas operacionais, assim consideradas as que decorrem diretamente da comercialização da produção gerada pelas atividades empresariais, ou deve corresponder à receita bruta, assim incluindo também as receitas financeiras e as não-operacionais.

Com a máxima venia à ilustre desembargadora, não concordamos com a posição esposada, pelos seguintes motivos:

1º) O STF considerou inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 9.718/98, que alargava o conceito de faturamento, incluindo a totalidade das receitas obtidas pelas empresas (= Receita bruta). Assim, considerar a receita bruta no modelo proposto poderia suscitar questionamentos judiciais, retirando a praticidade e celeridade pretendida;

2º) As receitas decorrentes diretamente das atividades operacionais (ciclo operacional) representam parcela significativa da receita bruta das empresas; e

3º) O fisco (federal, estadual e municipal), passou a exigir das empresas informações, cada vez mais específicas sobre suas atividades operacionais, denominadas de obrigações acessórias, passando o juízo e o exequente a contar com controles indiretos de verificação do cumprimento da decisão judicial.

5. CONCLUSÃO

A penhora desmedida de percentual do faturamento impacta negativamente no funcionamento e financiamento do ciclo operacional das empresas, em face da necessidade e da escassez do capital de giro, resultando, normalmente, em risco de descontinuidade das atividades operacionais.

A descontinuidade operacional das empresas, além de inviabilizar a satisfação do direito do exequente, frustrando sua confiança no sistema jurisdicional, resulta em perda generalizada para a sociedade.

A penhora de percentual de faturamento das empresas pode e deve ser substituída pela penhora de percentual dos lucros das empresas, utilizando-se, para tanto, o critério já amplamente adotado pelo fisco federal para a determinação da tributação do IR com base no lucro presumido.

O modelo alternativo apresentado, além de útil aos operadores e julgadores do direito, se estriba no princípio processual da menor onerosidade do devedor, art. 620 do CPC, ao determinar que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos para o devedor”.

Por fim, concluímos que o modelo alternativo proposto pode ser inclusive suscitado pelo executado, afastando-se da constrição normalmente adotada pelos julgadores do direito em tais circunstâncias que é a penhora de dinheiro, em espécie ou em depósito de aplicação em instituição financeira – BACEN-JUD, preservando o capital de giro das empresas, de forma a manter, ao menos, os níveis atuais das atividades operacionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Penhora de renda ou faturamento da empresa uma reflexão que se impõe. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 36, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE PAULA, Paulo Mazzonte. A penhora do faturamento de empresa devedora e as conseqüências do ato na execução trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10052>>. Acesso em: 23 maio 2013.

DIAS, Lenise Antunes; ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Breves considerações sobre a Lei nº 11.382/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1434, 5 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9976>>. Acesso em: 14 jun. 3913.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2010.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Prática tributária da micro e pequena empresa: tributos federais, estaduais da microempresa e empresa de pequeno porte; regimento tributário: Lei do SIMPLES**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Penhora sobre faturamento: questões controversas em mandado de segurança e habeas corpus. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a. Região**, n. 32, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HIGUCHI, Hiroma; HIGUCHI, Fábio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de renda das empresas interpretação e prática**. 36. ed. São Paulo: IR Publicações, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença. Processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANÁLISE CRÍTICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS: um possível limite à efetivação dos direitos sociais

RACHEL FREIRE DE ABREU NETA

A autora é membro do Ministério Público da União, exercendo o cargo de Procuradora do Trabalho; é pós-graduada em Direito do Estado pelo Juspodivm e em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região em convênio com a UFBA.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade discutir sobre a (in)viabilidade de adotar a escassez de recursos como possível limite à concretização dos direitos fundamentais sociais. Tem-se, assim, a tenção maior de analisar os problemas que envolvem a efetividade dos direitos fundamentais sociais, assim como, de outro lado, a necessidade de assegurar os direitos intrínsecos ao ser humano. Pretende-se, ainda, por meio deste estudo, apresentar propostas de adequação entre a necessária realização dos direitos intrínsecos ao ser humano e o risco de uma oneração excessiva aos cofres públicos. Para

tanto, utilizar-se-ão obras específicas de cada matéria, consoante a necessidade de apresentar, de forma precisa, os pontos de intersecção entre as mesmas e, por conseguinte, aqueles que deverão ser aplicados a essa temática, sob um método de abordagem analítico nas esferas da legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Escassez de Recursos. Efetividade. Direitos fundamentais sociais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar os principais aspectos atinentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que concerne ao seu principal problema, qual seja a escassez de recursos.

Para tanto, mister se faz introduzir a noção de “reserva do possível”, que envolve justamente as possibilidades materiais de atuação do Poder Público. Nesse diapasão, não se pode olvidar que os direitos sociais, como “direitos positivos”, exigem do Estado prestações materiais para a sua realização.

O enfoque deste estudo justifica-se pela constante violação aos direitos sociais, cujo teor predominantemente prestacional termina resultando em diversos questionamentos sobre sua real fundamentalidade, mecanismos de efetivação e limitações do Estado quanto à sua prestação.

D’outra sorte, além de despertar a discussão jurídica – já que são direitos inseridos na vida cotidiana de forma marcante –, têm sido objeto de frequentes omissões do Estado, gerando verdadeira insatisfação popular, mais enfatizadas em razão do reiterado uso de argumentos vagos, pelo Poder Público, para justificar sua abstenção.

Busca-se, assim, analisar a “escassez de recursos” sob um aspecto crítico, não apenas quanto à necessidade de reconhecer o direito subjetivo constitucional à dignidade, mas também para fins de propor sugestões de interpretação ante as chamadas “escolhas trágicas”.

Por derradeiro, para que a relevância do tema em tratativa não gere frustração, salienta-se que não se tem, com este trabalho, a pretensão de solucionar as perplexidades teóricas que envolvem a temática. Busca-se, sim, apresentar a divergência doutrinária e jurisprudencial, oferecendo recursos

que possam auxiliar na compreensão da complexidade do tema, assim como na adoção de uma interpretação voltada à premente **efetivação dos direitos fundamentais sociais**.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL, SEUS FUNDAMENTOS E INSUFICIÊNCIAS

A cláusula da Reserva do Possível consubstancia-se, pois, na análise das possibilidades materiais de atuação do Poder Público. Trata-se de uma teoria desenvolvida pelo Direito Alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país¹, que condicionou a efetivação de prestações materiais à disponibilidade de recursos².

Nesse mister, a noção de “Reserva do Possível” tem por fundamento o reconhecimento gradativo de diferentes dimensões de direitos humanos³. Ab initio, fala-se na primeira dimensão, correspondente aos direitos individuais, políticos e de nacionalidade. São, portanto, direitos relativos à liberdade, impondo uma abstenção da ação estatal, posto que só serão efetivados quando o Estado não agir no sentido de turbá-los⁴.

Em seguida, houve a consagração de uma segunda dimensão, atinente aos direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos, por seu turno, impõem ao Poder Público prestações positivas, além do estabelecimento de diretrizes de política social.

Reconhece-se, ainda hoje, uma terceira dimensão, que diz respeito aos direitos difusos, de solidariedade ou fraternidade. Nota-se, com isso, a constante ampliação do campo de direitos humanos, através da consagração de diferentes dimensões a eles relativas, segundo a própria necessidade manifestada à época⁵.

Ocorre que o grande salto evolutivo deu-se com a sedimentação dos direitos sociais. Nesse sentido, observe-se a seguinte colocação de Norberto Bobbio⁶:

1 “No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.” (MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 1, abr./jun. 2003, p. 180).

2 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. Interesse Público. Porto Alegre, n. 32, jul./ago. 2005, p. 219.

3 Optou-se, neste trabalho, pelo uso da expressão “dimensões”, em detrimento de “gerações” de direitos humanos. Isso porque não houve, de fato, uma evolução linear e sucessiva. O reconhecimento de novos direitos não levou à substituição ou exclusão dos anteriores. Ademais, quando se fala em uma nova dimensão, não se quer dizer que os problemas atinentes à antecedente já estão solucionados.

4 VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.61, out./dez. 2007, p. 27.

5 Hoje, já se fala em uma quarta e uma quinta dimensão, mostrando-se, pois, que há o reconhecimento gradativo de cada vez mais direitos e, por conseguinte, um processo contínuo de positivação, com mais garantias aos indivíduos.

6 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86.

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Não se pretende, nesse trabalho, esgotar o tratamento a ser dado aos direitos sociais. Ocorre que, embora haja exigência de recursos para a satisfação dos direitos humanos como um todo, foi a consagração dos direitos sociais que demandou ao Estado o desenvolvimento do sistema de serviços públicos. Com isso, tem-se, aí, a origem da Reserva do Possível, como teoria explicativa das limitações materiais do Poder Público.

Isso porque na medida em que o próprio ente estatal reconheceu direitos sociais à comunidade, ele obrigou-se à realização de prestações multifárias, recaindo no problema concernente à escassez de recursos.

De fato, todos os direitos humanos são de exigibilidade imediata, como consta da própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º⁷. Ocorre que o grande universo dos direitos sociais foi, originariamente, disposto em normas programáticas – que estabelecem um plano a ser desenvolvido mediante legislação integrativa –, ou em normas cuja eficácia social não se compatibiliza com a eficácia jurídica correspondente⁸.

A esse propósito, destaque-se, mais uma vez, a lição do ilustre autor Bobbio⁹:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?

Percebe-se, dessa forma, a dificuldade no tratamento dos direitos sociais, posto que se, de um lado, não se pode eleger uma interpretação que limite a efetivação desses direitos; de outro, muito se discute sobre a possibilidade de aceitação da cláusula da Reserva do Possível ante a escassez de recursos¹⁰.

7 Observe-se o inteiro teor do referido dispositivo (artigo 5º, § 1º): “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

8 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de Faria. Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001.

9 BOBBIO, op. cit., p. 92.

10 Colha-se, ademais, da lição de Vaz:

“O problema que se coloca ante a efetivação desses direitos é que a implementação deles depende de recursos financeiros. Erradicação da pobreza, direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à previdência social, direito à saúde, direito a um meio ambiente sadio, direito à alimentação, direito à educação, direito aos benefícios da cultura, direito à constituição e proteção da família, direito da criança, direito do idoso, direito do portador de deficiência e direito à moradia não se concretizarão sem ações

Quanto a isso, reputa-se necessário fazer uma distinção terminológica no que concerne ao uso da expressão “reserva do possível”, que não se confunde, propriamente, com a idéia de “reserva do financeiramente possível”.

Há, nesse ponto, uma clara relação de gênero e espécie. Isso porque a teoria da Reserva do Possível não inclui, apenas, a noção de “recursos escassos”. Fala-se, pois, em todos os eventos materiais ou formais que impedem a concretização dos direitos humanos, especialmente de direitos sociais. Já a reserva do financeiramente possível diz respeito, unicamente, aos recursos financeiros delimitados no orçamento estatal, que impõem uma limitação material¹¹.

Observe-se, nesse sentido, a seguinte assertiva de Fernando Borges Mânica¹²:

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Nessa perspectiva, verifica-se uma constante restrição ao real sentido de “reserva do possível”. Essa expressão, em sua amplitude, mostra-se plenamente aceitável em diversas situações, eis que, “por vezes, é impossível dobrar a natureza ou as contingências da vida mesmo em nome dos direitos humanos”¹³.

É com vistas nesse argumento que o autor Anderson Rosa Vaz¹⁴ traz os exemplos abaixo transcritos:

Vejam os seguintes exemplos: se em homenagem ao direito à saúde, o cidadão pleiteia um determinado tratamento médico que ainda não está disponível nem na rede pública nem na rede privada. Ou uma ação pleiteando a distribuição de um medicamento importado que não é mais fabricado. A concretização desse direito invocado é impossível. Está-se, assim, diante de uma reserva do possível. Se para privilegiar o direito à educação pleiteia-se perante o Judiciário que este determine ao Poder Público a construção de escolas, fixando prazo em poucos dias para o cumprimento da obrigação, também se verificará a reserva do possível, já que o Poder Público, por mais que disponha de orçamento, não pode fazer uma escola surgir do nada e funcionar em alguns dias.

Isso, contudo, não quer dizer que, por outro lado, a alegação de escassez de recursos – reserva do financeiramente possível – seja inviável. De fato, o Poder Público, em muitas situações, utiliza-se desse fundamento como escusa à concretização de diversos direitos sociais.

Ocorre que “a escassez, longe de ser uma situação anormal, é a regra”¹⁵. Com isso, é preciso reconhecer que não há uma infinidade de recursos disponíveis para a atuação do Estado, daí a necessidade de se

afirmativas por parte do Estado, da sociedade civil e da sociedade internacional. Essas ações, sabe-se, dependem de recursos orçamentários.” (VAZ, op. cit., p. 39)

11 VAZ, op.cit., p. 40.

12 MÂNICA, op.cit., p. 181.

13 VAZ, op.cit., p. 41.

14 VAZ, op. cit., p. 40.

15 AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 04.

analisar, inclusive, as possibilidades materiais de atuação do Poder Público no caso concreto. Tem-se exigido, para tanto, a demonstração, por parte do ente estatal, do tratamento que o direito social lesado tem recebido, no orçamento, ao longo do tempo, além da comprovação objetiva de sua incapacidade econômico-financeira para gerir, de imediato, aquele comando constitucional.

Destaque-se, quanto a isso, o seguinte trecho extraído da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede da ADPF 45 MC/DF pelo Relator Min. Celso de Mello, em 29.04.2004, a saber:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, [...] notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (ADPF 45 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ 04/05/2004, p.12)

Nota-se, desse modo, que a teoria da Reserva do Possível, mesmo sob a ótica exclusiva de recursos escassos, pode ser invocada pela Administração, desde que respeitados os limites orçamentários e a noção de mínimo existencial¹⁶.

16 Mostra-se de grande valor a seguinte assertiva de Ana Paula de Barcellos, a saber:

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246)

Isso porque, como assevera Anderson Rosa Vaz¹⁷, um dos pressupostos do Estado de Direito é, justamente, o respeito às disposições orçamentárias¹⁸. Nesse mister, a simples alegação de falta de recursos, por parte do Estado – se não for acompanhada da devida comprovação de ausência ou insuficiência de previsão orçamentária para determinada despesa –, gerará uma dupla violação, por manifesto desrespeito aos direitos humanos e às normas constitucionais de planejamento orçamentário.

Pode-se exigir, também, do ente estatal, o compromisso de realizar, progressivamente, os direitos sociais questionados, o que se faria, por exemplo, através da fixação obrigatória de certas dotações na peça orçamentária.

Outro limite a se considerar, na análise da reserva do possível, está relacionado com a idéia de “mínimo existencial”. Nesse ponto, verifica-se, de fato, a imposição de limitações financeiras à pessoa estatal. Não se pode, contudo, alegar a escassez de recursos “como argumento vago e fácil para escapar à exigibilidade de cumprimento de determinados compromissos estatais, notadamente aqueles relacionados a prestações sociais, positivas”¹⁹.

Se o Poder Público, por outra via, comprovar a alegada escassez, não poderá se eximir, mesmo assim, de cumprir os direitos inerentes à noção de mínimo existencial, elemento este essencial à garantia de uma vida digna aos administrados²⁰.

Fala-se, inclusive, no reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial, de conteúdo variável, concernente às condições intrínsecas à realização nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana²¹.

A esse propósito, ressalte-se a posição defendida por Fernando Facury Scaff²²:

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos.

A concessão das condições materiais mínimas de existência aos membros da coletividade configura, portanto, obrigação inafastável do ente estatal. Tem-se, assim, um alvo prioritário do qual não poderá o Poder Público se abster, mesmo que não existam recursos financeiros suficientes a ele destinados.

17 VAZ, op. cit., p. 39.

18 Nesse mesmo sentido, Fernando Borges Mânica:

“No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.” (MÂNICA, op. cit. p. 171)

19 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais. Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Salvador, v.6, n.7, maio 2007, p. 212.

20 Quanto a isso, mostra-se de grande valor a posição adotada pelo autor Gustavo Amaral (op. cit., p. 185), ao versar sobre a noção de mínimo existencial. Segundo ele, há dificuldades manifestas na fixação desse conceito, ainda mais considerando a inexistência de divisões nítidas quanto ao que seria ou não de premente exigibilidade. Reconhecem-se, de fato, os problemas. Há de se ter em mente, entretanto, que a fixação de um mínimo de direitos imediatamente exigíveis goza de considerável importância para aqueles que vivem em total miserabilidade, além de servir como instrumento de pressão diante das tão comuns abstenções dos governantes.

21 VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 203.

22 SCAFF, op. cit., p. 217.

Seria possível, ainda, deslocar recursos de áreas menos essenciais com o fito de atender às necessidades primordiais dos cidadãos. Um dos elementos que diferenciam o mínimo existencial dos direitos sociais em geral consiste, justamente, na sujeição à reserva do possível, que existe apenas para estes. Isso decorre, em verdade, da necessidade de alocação de recursos para áreas prioritárias, podendo gerar, inclusive, as chamadas “escolhas trágicas”, que terminam resultando em certas ausências de prestação, verificadas no caso concreto²³.

Nesse sentido, mais uma vez, Scaff²⁴:

Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais, não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. Além disso, tais direitos estariam limitados em sua implementação pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias²⁵.

Evidencia-se, pois, que o atendimento às pretensões positivas, decorrentes da necessidade de efetivação dos direitos sociais, demanda o consumo de recursos intrinsecamente escassos, daí os constantes conflitos decorrentes da necessidade de sua alocação²⁶. A idéia de “reserva do possível” mostra-se, portanto, pertinente, desde que comprovadas, no caso concreto, as limitações financeiras do Poder Público, não podendo, por isso, ser argüida como escusa à concretização dos direitos sociais.

É preciso definir políticas públicas que visem à máxima efetivação da Constituição Federal, aceitando-se a tese da “escassez de recursos” não como barreira, mas sim como mero reflexo da possibilidade de agir do ente estatal, respeitadas as previsões orçamentárias e o direito fundamental ao mínimo existencial.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS E RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

A noção de Reserva do Possível, como já aludido, traz, em seu todo significativo, a verificação da possibilidade de agir do Estado, inclusive no que concerne às suas limitações de ordem financeira.

Com isso, a alusão à “escassez de recursos”, bastante utilizada para designar a idéia de “reserva do possível”, deve ser interpretada em seu sentido amplo e, mesmo assim, não corresponderá ao significado completo que exsurge da expressão ora em estudo. É preciso considerar, também, as limitações fáticas, que podem decorrer, por exemplo, de uma simples impossibilidade temporal de realizar, com rapidez, a prestação positiva requerida.

Comprovada a limitação material ou fática, a depender do caso concreto, não haverá responsabilidade do ente estatal por omissão. Contudo, em caso de prestação concernente ao conteúdo mínimo de direitos, exigido em razão da necessidade de garantir uma vida digna aos cidadãos, ou em havendo previsão orçamentária não cumprida – estando também presentes os demais elementos –, configurar-

23 VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 213.

24 SCAFF, op. cit., p. 215.

25 Quanto a essa assertiva, vale ressaltar que, de fato, os direitos fundamentais sociais, embora devam ter aplicabilidade imediata, sujeitam-se à reserva do possível, desde que se demonstre a limitação financeira pertinente. Contudo, quando o autor menciona a ausência de correlação existente entre os direitos sociais e o mínimo existencial, entende-se que o tratamento dos mesmos varia em razão da própria essencialidade de cada um. Do ponto de vista material, todavia, há uma forte relação entre essas expressões, já que são os direitos sociais que irão compor a noção de mínimo existencial, de acordo com as exigências de cada sociedade para a configuração de uma vida digna.

26 AMARAL, op.cit., p. 228.

se-á, de pronto, a responsabilização estatal.

Percebe-se, dessa forma, que a inexistência de recursos disponíveis apenas isenta o Poder Público de responsabilidade quando se trata de um direito social não incluso na noção de mínimo existencial e, também, cuja previsão orçamentária seja escassa ou inexistente²⁷.

A Teoria da Reserva do Possível pode, então, funcionar como uma limitação da responsabilidade civil do Estado, mas nunca em razão de uma simples presunção. É necessário, pois, a comprovação da real impossibilidade de agir, demonstrada, em caso de escassez de recursos, por meio do próprio orçamento.

Diante do que foi acima explanado, faz-se mister salientar que, verificada a possibilidade de agir do Poder Público, na situação concreta, tem-se, pois, grandes indícios de que haverá responsabilidade por parte do ente estatal.

Ocorre que existem outros requisitos de caráter obrigatório que devem, também, estar presentes, como é o caso do dever de agir específico da Administração, que termina refletindo no elemento subjetivo "culpa", essencial, pois, em caso de omissões estatais. São obrigatórios, ainda, elementos como o ato ou fato administrativo, nexos de causalidade e dano, cuja presença é, em regra, imprescindível para que se possa falar em responsabilidade.

A própria ausência de possibilidade de agir pode retratar, inclusive, uma situação de falta de dever de agir específico por parte do Poder Público. Isso porque, nesses casos, a impossibilidade de atuação do Estado mostra-se tão premente que gera, até mesmo, uma ausência de dever de agir verificada no caso concreto²⁸.

Isso pode decorrer, ainda, de situações em que há, de fato, recursos disponíveis. Contudo, nessas ocasiões, não se recomenda o uso de verbas públicas, tendo em vista as atividades prioritárias fixadas pela Administração.

Fica evidente, dessa forma, que o conteúdo da expressão "reserva do possível" não envolve, portanto, apenas a idéia de recursos financeiros escassos, podendo tratar, também, de limitações formais ou materiais de outra natureza.

A esse propósito, destaque-se o entendimento sufragado pelo autor Saulo José Casali Bahia²⁹, in verbis:

Pode ser que, ainda, os recursos existam. Contudo, diante da sua escassez, devam ser empregados em outras atividades prioritárias. Neste último caso, podemos dizer que a impossibilidade confunde-se com a ausência de dever de agir, pois não se vai exigir, por exemplo, que o Estado crie escolas para deficientes físicos quando não há escolas sequer para crianças normais, que possam incluir no seu quadro de alunos referidos deficientes. Não há o dever porque não se vai imaginar que um Estado de orçamento deficitário, como o nosso, francamente violador da lei clássica do equilíbrio orçamentário, priorize construir escolas especiais ao invés de construir novas escolas ou recuperar as já existentes (o que significaria, inclusive, economia de custos).

27 Sobre esse aspecto, disserta Fernando Borges Mânica:

"[...] a teoria da reserva do possível também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Inexistindo previsão orçamentária específica, estaria obstruída a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais." (MÂNICA, op. cit. p. 183)

28 BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36.

29 BAHIA, op.cit., p.36.

Outro importante questionamento gira em torno da ideia de “expectativa razoável”³⁰, colocada por muitos autores como elemento intrínseco à noção de “reserva do possível”. De fato, prevalece a verificação da existência de recursos, notadamente de recursos financeiros, para o cumprimento da prestação buscada. É preciso antever, contudo, a noção de “expectativa razoável” sob o prisma da razoabilidade da reivindicação, no que tange à efetivação dos direitos sociais.

Trata-se da busca pela racionalidade das expectativas, que apenas poderá ser verificada no caso concreto, mostrando-se que é preciso perquirir a possibilidade de agir do ente estatal em uma perspectiva fática, e não apenas financeira.

*“Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.”*³¹ Daí se falar que a racionalidade econômica – atinente à limitação de recursos e sua disposição – deve ser incorporada à racionalidade fática do juiz, inerente à própria análise do caso concreto³².

Nesse mesmo sentido, Saulo José Casali Bahia³³:

Quando se fala em falta de recursos disponíveis, quer-se reportar à inexistência destes recursos ou à ausência de meios materiais-financeiros para gastar com a aquisição destes recursos, seja absoluta, seja relativa, na medida em que não se iria exigir da Administração que deixasse de lado investimentos prioritários em prol da prevenção de certos danos. Neste campo, grande papel possui a equidade do juiz, único instrumento, muitas vezes, para definir em que momento poder-se-á falar em defectibilidade do serviço, verdadeiramente culposa, apta a atrair responsabilidade civil ao Estado.

*“É, pois, dever do Magistrado atentar às limitações não só jurídicas, como também às fáticas, à realização dos direitos de proteção do indivíduo frente ao Estado, e ponderar [...] as políticas públicas traçadas pela coletividade.”*³⁴ Recai-se, assim, em outra importante discussão acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas escolhas feitas pela Administração quanto à alocação de recursos.

Muito se defende, nesse ponto, que não podem os magistrados interferir na atividade discricionária do administrador, “tanto no momento da elaboração das leis orçamentárias, cuja iniciativa no Brasil é privativa do Poder Executivo, quanto no momento da execução do orçamento”³⁵.

Observe-se, quanto a isso, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO

30 A referida expressão foi inaugurada pelo Tribunal Constitucional alemão, quando fez menção, pela primeira vez, à “reserva do possível”. Discutia-se, ademais, o aumento do número de vagas em universidade germânica, mas o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva encontrava-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo poderia esperar, de maneira racional, da sociedade.

31 MÂNICA, op. cit., p. 184.

32 MÂNICA, op. cit., p. 184.

33 BAHIA, op. cit., p. 111.

34 PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. *Ciência Jurídica*. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007, p. 62.

35 MÂNICA, op. cit., p. 173.

VIOLADOS. Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Na lição de Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo”. Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. (REsp 208893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263)

As decisões sobre a alocação de recursos são, de fato, eminentemente políticas. É preciso levar em consideração, contudo, as múltiplas necessidades e diversos valores sociais, ponderando o grau de essencialidade da pretensão frente à situação fática.

Isso é, sem dúvida, uma atribuição do administrador que, embora atue, nesse caso, com certa dose de discricionariedade – mediante avaliação da oportunidade e conveniência de sua decisão –, pode estar sujeito a controle, com fulcro em certos princípios constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, moralidade e motivação.

Colhe-se, nesse ponto, da lição de José Roberto Pimenta Oliveira³⁶:

A razoabilidade atua como um limite interno da discricionariedade, no sentido de ser um dos fatores que condicionam a própria escolha entre os possíveis indiferentes legais, catalogados in abstracto na norma de competência, impondo a rejeição a certa ou certas alternativas autorizadas pelo marco normativo [...].

No controle dos conceitos jurídicos indeterminados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são vetores inafastáveis da atividade hermenêutica exigida na concretização do conceito em cada situação fático-jurídica, visando ao equilíbrio e realização dos valores jurídicos que buscam operar com sua presença na linguagem normativa. Da mesma forma, tais princípios são fundamentais no controle da margem de autonomia administrativa decisória verificada quanto à forma, oportunidade, conveniência e conteúdo da ação no exercício das competências administrativas.

Nesse mesmo sentido, o julgado a seguir:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - MILITAR - SARGENTO DO QUADRO COMPLEMENTAR DA AERONÁUTICA - INGRESSO E PROMOÇÃO NO QUADRO REGULAR DO CORPO DE PESSOAL GRADUADO - ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CONVOCADO - CONDIÇÃO “SINE QUA NON” - APLICAÇÃO DO ART. 49 DO DECRETO N° 68.951/71 - RECURSO ESPECIAL - LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE - MORALIDADE PÚBLICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. [...] 3. Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade. 4. A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é

36 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

sempre vinculado, sob pena de invalidade. (REsp 79761/DF, Relator Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 29.04.1997, DJ 09.06.1997, p. 25574)

Há, nessas situações, controle quanto à legitimidade do ato. Ingressa-se, portanto, na análise da decisão administrativa, unicamente, para avaliar se determinada conduta favorece os interesses da sociedade, reputando-se legítima ou não³⁷.

Faz-se mister considerar, ademais, o caráter especial das verbas em cuidado, pois estão voltadas para a efetivação de direitos humanos – intrinsecamente indisponíveis –, daí não se falar em lesão à independência do Executivo.

Por outro lado, é preciso ressaltar a natureza instrumental do princípio da separação dos poderes. “Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados”³⁸.

Pode-se dizer, com isso, que um dos fundamentos de sua criação foi, justamente, a garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da própria dignidade da pessoa humana. Em assim sendo, não faz sentido interpretar o aludido princípio contra o seu próprio fim, mantendo, sob o pretexto de respeitá-lo, situações de manifesta violação aos direitos fundamentais³⁹.

Daí resulta, contudo, um outro problema quanto à extensão da legitimidade do Judiciário para intervir em decisões alocativas. Nesse ponto, resta evidente que não podem os magistrados solucionar essas questões com fulcro em sua exclusiva convicção, nem, muito menos, fixar políticas públicas, sob pena de haver, aí sim, uma frontal violação à separação dos poderes⁴⁰.

Diante dessa perplexidade, mister se faz considerar os limites já apontados como fundamentos para a abstenção do Poder Público em realizar prestações positivas. Diz-se, portanto, que poderá o Judiciário intervir, nas decisões atinentes à alocação de recursos, sempre que estiver envolvido o direito ao mínimo existencial ou, por outro lado, quando não forem respeitados os limites previstos no orçamento para certas despesas. Afinal, a destinação dos recursos públicos é matéria de grande importância para os Estados contemporâneos. Não deve, pois, ficar imune a qualquer controle judicial⁴¹.

Em assim fazendo, estar-se-á adotando uma interpretação com base nos próprios direitos fundamentais, sem, contudo, desconsiderar as limitações financeiras do ente estatal e a própria separação de poderes. Nessa perspectiva, mostra-se de grande valor o seguinte trecho da decisão proferida pelo ilustre Ministro Luiz Fux, em sede do REsp 811608/RS, julgado em 15.05.2007, a saber:

37 O autor Gustavo Amaral, ao tratar das decisões alocativas, comenta a falta de legitimidade de certas ações governamentais, fundamentadas com base no caráter discricionário de algumas atividades, a saber:

“Nesses casos, os magistrados viam-se na difícil situação de serem confrontados com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevivência não de “alguém”, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro das pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante uma vida humana determinada, como, por exemplo, tratar-se de matéria incluída na discricionariedade administrativa [...]” (AMARAL, op. cit., p. 24)

38 BARCELLOS, op. cit., p. 215.

39 BARCELLOS, op. cit., p. 230.

40 BARCELLOS, op. cit., p. 232.

41 MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 100.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (REsp 811608/ RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 314)

4. CONCLUSÃO

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário fazer as devidas ponderações acerca do grau de essencialidade da pretensão, em função da previsão orçamentária, da excepcionalidade da situação e do próprio mínimo existencial.

Isso será válido tanto para as decisões alocativas quanto para a aceitação, ou não, da reserva do possível como fundamento para as abstenções estatais. Ressalte-se, ademais, que, estando presentes os elementos configuradores da responsabilidade estatal por omissão – em especial o dever de agir específico do Poder Público e a sua possibilidade de agir –, não poderá o magistrado se furtar a responsabilizá-lo.

O atendimento a pretensões positivas demanda recursos materiais verdadeiramente escassos. É preciso, por isso, avaliar as diversas necessidades públicas, buscando realizar, com fulcro na noção de mínimo existencial e das previsões orçamentárias, aqueles direitos cuja concretização mostrar-se premente.

A escassez de recursos apresenta-se, de fato, como um elemento limitativo da responsabilidade estatal por omissão. Deve-se, contudo, compreendê-la, também, como instrumento de política pública, exigindo-se do Estado a efetivação progressiva dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 811608/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 jun. 2007, p. 314.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 208893/PR**, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.12.2003, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 22 mar. 2004, p. 263.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 79761/DF**, Rel. Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 29.04.1997, Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 09 jun. 1997, p. 25574.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004,

Diário do Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 mai. 2004, p.12.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos.** Curitiba: Juruá, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 1, abr./jun. 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível.** Ciência Jurídica. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos.** Interesse Público. Porto Alegre, n. 32, jul./ago. 2005.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.61, out./dez. 2007.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais.** Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Salvador, v.6, n.7, maio 2007, p. 202-224.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA: UM CONVITE A UMA NOVA HERMENÊUTICA

SILVIA ISABELLE RIBEIRO TEIXEIRA

Juíza Auxiliar da 3ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e professora convidada no curso de pós-graduação lato sensu desta instituição; especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar; Integrante do Conselho Consultivo da Escola Judicial e coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA5; Diretora cultural da AMATRA5, biênio

MARIA DA GRAÇA ANTUNES VARELA

Juíza titular da 28ª Vara de Salvador/BA; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e doutoranda pela mesma Instituição; membro do Conselho da Escola Associativa da AMATRA5.

1. INTRODUÇÃO

O princípio-garantia do devido processo legal alçou nacionalmente o status constitucional com a Carta Política de 1988, que albergou a cláusula anglo-saxã, assegurando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal cláusula, fundamental no nosso ordenamento jurídico, serve como supedâneo para outros princípios, tais como o contraditório e a ampla defesa que, de tão lógicos, dispensariam qualquer menção expressa.

Ao tomar assento constitucional, os direitos apontados saíram do estreito campo do direito penal, passando a integrar o rol dos Direitos Fundamentais. O estudo que ora se apresenta partiu de algumas indagações: sendo Direito Fundamental, significa dizer que tem repercussão em qualquer ramo do Direito, inclusive nas relações travadas com entes privados? Abrange apenas as relações travadas com o Estado ou qualquer uma em que seja parte pessoa que traduza um centro de poder? O empregador é um

centro de poder? Em sendo, qual a repercussão dessa conclusão no que se refere ao direito fundamental ao devido processo legal? Pode-se exigir a realização de inquérito para apuração da falta grave antes da despedida do empregado? Qual o papel do Judiciário em relação ao Texto Constitucional?

Passa-se, portanto, à análise das questões postas a fim de justificar a conclusão alcançada.

2. A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO LABORAL INESPECÍFICO

Até ao advento das primeiras leis trabalhistas, forjadas na necessidade de se assegurar um limite, ainda que formal, à exploração a que eram submetidos os trabalhadores nas fábricas, as relações firmadas entre tomadores e prestadores de serviços tiveram como pano de fundo as normas civis, baseadas na plena igualdade das partes, paradigma que somente foi modificado com a ultrapassagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse passo, o constitucionalismo, que até então espelhava um Estado contraposto à sociedade, passou, a partir da Constituição mexicana de 1917, de Weimar, de 1919, e, por que não dizer, com a Constituição brasileira de 1934, a prever direitos laborais específicos, inaugurando, assim, um modo intervencionista de o Estado se apresentar.

Os direitos laborais específicos mereceram, na Constituição Federal de 1988, lugar de honra, tanto é assim que são eles cobertos pelo manto protetivo das cláusulas pétreas, não podendo haver modificação no Texto constitucional de forma retrocessiva, conforme se depreende expressamente do artigo 7º caput do Texto Constitucional.

O ambiente da relação de emprego, com evidente poder social concentrado unicamente nas mãos do empregador, é um campo propício ao exercício de determinados Direitos Fundamentais que, embora não postos no capítulo destinado na Constituição aos direitos trabalhistas, funcionam como se laborais fossem, diante da penetração direta que possuem na relação privada: o vínculo de emprego.

Isso ocorre porque, quando o empregado se vincula à contratação empregatícia, malgrado a subordinação tida como própria ao liame, não se despe de seus direitos de personalidade¹. Ao revés, tais direitos devem não só ser respeitados pelo empregador, mas também por este estimulado, a fim que o meio ambiente de trabalho não se torne um círculo de adoecimento ou, até mesmo, uma célula à margem dos Direitos Fundamentais.

É dizer, todos os Direitos Fundamentais classicamente conhecidos como direitos de primeira geração, ou direitos de cidadania permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador. São os chamados direitos laborais inespecíficos.

À mesma conclusão chegou o Tribunal Constitucional espanhol, como se observa na sentença n. 88/1985:

la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).

No dia 10/04/2000 a mesma Corte julgou o Recurso de Amparo n. 4.015/96, apresentado por Don Santiago Idazábal Gómez (representante do Comitê de Empresa) frente à Sentença da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça da Galícia. Este Tribunal modificou a decisão anterior, que havia declarado contrário à Constituição e, conseqüentemente, ofensivo aos Direitos Fundamentais, a instalação de microfones nas roletas francesas de um cassino, por considerar que este já possuía sistema fechado de segurança que captava som e imagem no ambiente de trabalho dos obreiros, sendo a atitude extremada ato que contrariava o princípio da proporcionalidade e invadia a esfera de intimidade pessoal, prevista no art. 18 da Constituição da Espanha.

Na Sentença n. 98/2000, disse o Tribunal Constituição espanhol que:

a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada em el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la

1 Como já afirmou José João Abrantes (Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 61): “a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão. Na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas”.

intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos). Esta tesis resulta refutada por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que sostiene que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir a priori que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha².

Atribui-se a José João Abrantes a expressão “cidadania na empresa”, explicando o referido autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa³. Ou seja, são direitos atribuídos “genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer”⁴.

Tais direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores são os previstos para todos os cidadãos⁵, sendo àqueles assegurados, dentre outros, como já asseverou Rúa de Almeida, “o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório”⁶ e, poderia ser acrescentado, o direito à privacidade, intimidade e à liberdade religiosa.

Nesse mesmo sentido doutrinam Palomeque López e De la Rosa:

los derechos inespecíficos son: otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido. Se produce una ‘impugnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo⁷.

Ana María Colmenares Bastidas aponta as diversidades existentes entre os direitos laborais específicos e os inespecíficos, asseverando que enquanto aqueles “están consolidados en los ordenamientos jurídicos laborales en forma clara y expresa”, estes dependem “de la interpretación humana, doctrina internacional, jurisprudencia internacional y todo lo relacionado con las interpretaciones e orden público” e estão “dirigidos a todas las personas por igual sin distinción alguna”⁸.

2 Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-9223.pdf>. Acesso em 07/03/2013.

3 Op. cit., p. 60.

4 Op. cit., p. 60.

5 Eis a doutrina de Raúl Eduardo Mucha García: “son derechos constitucionales de carácter y titularidad general que tienen como ámbito de aplicación las relaciones laborales y que son reconocidos al trabajador por su condición de persona y ciudadano”. (Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>. Acesso em 17/07/2013).

6 Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. In: Direitos laborais inespecíficos. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rúa de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012, p. 09-13.

7 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos e DE LA ROSA, Manuel Álvarez. Derecho del Trabajo. 9. ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Acero S.A. p. 147-148.

8 Los derechos laborales inespecíficos. Una realidad justa. Disponível em: http://www.e-pol.com.ar/newsmatic/index.php?pub_id=99&sid=612&aid=72610&eid=87&NombreSeccion=Art%EDculos%20Acad%E9micos&Accion=VerArticulo. Acesso em 17/07/2013.

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito ao devido processo legal no artigo 5º, inciso LIV, e tal direito, de cidadania que é, invade o contrato de emprego, limitando a livre iniciativa, igualmente protegida pela Constituição (art. 170).

Vale dizer, a livre iniciativa não se constitui em direito constitucional absoluto, encontrando limites no dever de informação e motivação, bem assim na própria cláusula do devido processo legal, que, na verdade, já contém aquele.

A cláusula do devido processo legal é aberta, "instituto de teor inexato, vago, indefinido"⁹, contendo em si algumas garantias, como, por exemplo, o dever de informação e motivação das decisões¹⁰, com o único fim de inibição do arbítrio¹¹.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, o devido processo legal é princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e entre nós está previsto no artigo 5º, LIV da CRFB/88, sendo um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais, como: "a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada"¹².

É evidente que dita cláusula foi idealizada para coibir abusos estatais, mas o conceito evoluiu com o pensamento de que determinadas entidades possuem poderes privados próprios ou equivalentes ao Estado e, como tal, sofrem limitações para que não haja arbítrio nas suas decisões, sobretudo nas decisões que aplicam sanções.

Ou seja, aliados aos direitos laborais específicos, previstos no capítulo II da Constituição Federal de 1988, estão os direitos de cidadania, dentre os quais se destacam o direito de informação e motivação das decisões¹³, corolários do devido processo legal.

O Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a jurisprudência, vêm consagrando que tais direitos específicos aos cidadãos, mas, ainda inespecíficos¹⁴ aos trabalhadores, permeiam as relações particulares, sobretudo quando tais desvelam um poder privado.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA

Não cabe adentrar aqui a discussão travada entre institucionalistas ou contratualistas, no sentido de ser a despedida sem justa causa uma penalidade ou a consequência do não cumprimento ou ofensa grave às cláusulas contratuais. Qualquer uma das posições que se adote não afasta o quanto aqui

9 BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 180.

10 Cf. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 130-138.

11 Sobre a evolução da referida cláusula, veja-se a obra de: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

12 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. Revista de Informação Legislativa, ano 34, n. 136, 1997, p. 15.

13 Paula Sarno Braga (op. cit., p. 181, 183, 193), analisando o alcance da cláusula do devido processo legal, assegura que desta decorre a necessidade de "decisões motivadas" ou "decisões fundamentadas".

14 Eis a doutrina de Vecchi: "os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra" (VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 111-135).

se define, no sentido de só poder haver o rompimento justificado se precedido de processo em que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a serem assegurados em todos os processos estatais, seja legislativo, seja administrativo, seja judicial, e, como em seguida justificado, nos processos particulares.

Paula Sarno Braga informa decisões no âmbito privado, aludindo à necessidade de serem observados esses princípios em situações como a aplicação de punição a licitantes, o jubramento de aluno em estabelecimento de ensino público superior, o perdimento de bens por força de ilícito fiscal, anulação ou revogação de ato ou contrato administrativo.¹⁵ Estabelece o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Não há dúvida, portanto, que nos processos com tramitação judicial e na esfera administrativa devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. O acusado em geral é qualquer pessoa que, sendo titular de determinada situação jurídica, vem a ser acusada e, por vezes, alvo de sanção, ou seja, de efeito jurídico não pretendido, não desejado. Essa situação jurídica pode ser tanto no âmbito do direito público como no âmbito das relações privadas, pois o legislador constituinte não estabeleceu qualquer distinção.

Assim sendo, independentemente de qualquer previsão normativa, nas relações privadas em que haja possibilidade de acusação e sanção deve estar assegurado a quem é acusado o direito de se defender e de se manifestar em termos e condições que viabilizem a influência no resultado. Considerando que a finalidade última do princípio do devido processo legal é a contenção de poder estatal, e que existem outros centros de poder, justifica-se que também em relação a eles há que haver mecanismos de impedimento da arbitrariedade, própria de quem exerce o poder sem estar submetido a qualquer forma de controle.

João Bosco Maciel Júnior, citando Ada Pellegrini Grinover, confirma a obrigatoriedade do contraditório em processos particulares onde há exercício de poder e, conseqüentemente, possibilidade de abuso:

mas se é certo que o exercício do poder não se limita ao Estado (Judiciário ou Administração), na medida em que também outras moléculas da sociedade têm aquela capacidade de editar decisões que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas, então é rigorosamente certo que a garantia do contraditório há que ser exercida e observada igualmente fora dos limites estatais, sempre que se tratar de ato que, de direito ou mesmo de fato, se imponha a certas pessoas, com aptidão a interferir em sua esfera jurídica ou patrimonial.¹⁶

Tal como ocorre nos processos públicos, é o contraditório, incluindo a ampla defesa que impedem e reprimem o abuso do direito em situações em que há exercício de poder. O estudo das relações sociais permite que se identifique centros de poder não estatais, designados como grupos de pressão. Conforme aponta Wilson Steinmetz nas relações entre particulares também se verifica amplamente a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem liberdades de outros sujeitos, referindo-se a megagrupos industriais, comerciais, financeiros, midiáticos, associações, sindicatos e o crime organizado.¹⁷

15 BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Salvador: Podivm, 2008. p.197 e ss.

16 MACIEL JUNIOR, João Bosco. Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41

17 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

Hoje o poder não é apenas fenômeno político, sendo também social e econômico. João Bosco Maciel Júnior¹⁸ aponta que todos os grupos, sociais, econômicos (família, escolas, universidades, conjuntos religiosos, culturais ou recreativos, empresas, sindicatos, condomínios, associações etc) e até mesmo políticos, que têm entre si ideais ou interesses comuns, constituem formações sociais com expressão de poder.¹⁹ Independentemente da natureza do poder – econômico, social, religioso, estatutário, contratual – desde que haja seu exercício, cabe a observação do contraditório e da ampla defesa sempre que houver contraposição de interesses e possibilidade de sanção.

Por seu turno, Juan María Bilbao Ubillos chama a atenção para o fato de que hoje, como antes, a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos estabelecidos entre sujeitos privados. O direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influenciar de forma eficaz no comportamento de outros, de impor a própria vontade.

O poder não está concentrado apenas no aparato estatal e sim disperso, disseminado na sociedade.²⁰ Assim sendo, onde houver exercício de poder e possibilidade de imposição de sanção, cumpre aplicar-se diretamente a norma de direito fundamental que assegura o devido processo legal, especificamente o contraditório e a ampla defesa.

De forma expressa, o art. 57²¹ do Código Civil já determina a observância do princípio aqui estudado, assegurando-o em relação ao associado que se pretende excluir da organização. Antes mesmo da previsão desse procedimento, introduzida pela lei n.º 11.127/2005, tanto a doutrina²² quanto a jurisprudência²³ já entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a

18 Op. cit. p. 42.

19 MACIEL JUNIOR, João Bosco. Op. cit., p. 10.

20 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301 (tradução livre)

21 Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

22 Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “esse dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 288).

23 “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. Apelação Cível N.º 2.0000.00.480020-4/000(1), da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em 30/01/2013.

“Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível N.º 70002714095, da 11ª Câmara

aplicação da pena capital na entidade privada.

Como assevera Mascarenhas, embora a antiga redação do art. 57 do Código Civil fosse carente no que diz respeito a previsão expressa sobre a necessidade de um procedimento para exclusão do associado, "diante da vinculação dos direitos fundamentais à esfera privada e consequentemente diante do devido processo legal [já era] necessário o atendimento a essa garantia"²⁴.

A esse respeito afirmou Fredie Didier ser o dispositivo citado de uma importância paradigmática por representar a impossibilidade de, no âmbito privado, haver "exercício do poder sem o respeito aos direitos fundamentais, processuais ou materiais", destacando o devido processo legal "que garante ao sujeito não apenas um procedimento prévio de que possa participar em contraditório, mas também a razoabilidade das decisões que afetem seus direitos".²⁵

A tendência revelada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da aplicação do contraditório e a ampla defesa às relações particulares evadidas de poder social. A segunda Turma da referida Corte (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa"²⁶.

Ao comentar esta decisão, Paulo Gustavo Gonet Branco afirmou que esse julgamento "marca postura do Supremo Tribunal Federal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas".²⁷

Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 30/01/2013.

24 MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações jurídicas privadas e direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil. IN: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. Processo e direito material. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 49

25 DIDIER JR, Fredie. O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. IN:_____ et all. Constituição e processo. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 172

26 DJ de 07/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 30/01/2013.

27 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. Revista Diálogo Jurídico.

No ano de 2005 o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir pela aplicação da garantia do devido processo legal, mesmo que na relação privada firmada entre membro de entidade de classe e esta. Confira-se:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Ordinário n. 201819, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005²⁸.

As situações apontadas são similares à despedida por justa causa, tendo-se que o empregador, segundo ideia prevalecente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pode aplicar sanções ao respectivo empregado e diante do forte poder social decorrente da relação de emprego, a observância do contraditório e a ampla defesa em procedimento prévio se impõem.

Vecchi lança luzes sobre a necessidade de aplicação da cláusula do devido processo legal – tida por ele como um direito laboral inespecífico – na dispensa do empregado por motivo disciplinar, afirmando que

Salvador, n.13, 2002. Disponível em: [HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf](http://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf) acessado em 19/01/2007

28 Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 17/07/13.

a garantia constitucional incide diretamente na relação de emprego, impedindo que o empregado seja despedido por ato único do empregador, sem que possa apresentar defesa prévia, ou sequer apresentar seus motivos. Dessa forma:

necessário se faz uma “filtragem constitucional” das noções antes tidas e “consagradas” sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no “chão da fábrica”²⁹.

A Constituição Federal, no art. 6º, estabelece como direito fundamental social o trabalho. Para muitos, trata-se de direito “fundamentalmente interligado à vida”, já que “constitui a forma natural de se obter as outras necessidades que dão suporte à vida, como o alimento, o agasalho, a habitação, os medicamentos, a educação e, por que não, o próprio lazer”³⁰.

No art. 7º, inciso I, estabelece também como direito fundamental social a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Por se tratar de direito fundamental, está protegido pelas mesmas garantias referentes aos demais direitos fundamentais anunciados no art. 5º, incluindo a aplicabilidade imediata.

Na sua dimensão objetiva, além de repercutir na interpretação de todo o restante conjunto normativo, é parâmetro de constitucionalidade e vincula a atuação do Estado-legislador, Estado-administrador e Estado-juiz. Vincula, ainda, os particulares. Em sua dimensão subjetiva, enseja o direito subjetivo ao trabalho, ao emprego protegido contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, à preservação do trabalho e do emprego³¹.

A valorização do trabalho a que se refere o texto constitucional no inciso IV do art. 1º implica entender-se o trabalho não como mercadoria a ser comercializada e sim como veículo da construção da dignidade da pessoa, mecanismo de ascensão social, e contributo para a melhoria das condições sociais e econômicas de quem o presta e da comunidade como um todo.

Por isso, a comunidade amadurecida investe na condição do trabalhador exatamente porque também ela é beneficiada pelo quanto ele produz, sendo certo que aquele que o faz de forma humana é certamente mais contributivo do que aquele outro, explorado e, portanto insatisfeito, estatisticamente mais propenso a doenças e aposentadoria precoce, gerando elevado custo para a sociedade.

Embora tenham surgido outras formas de trabalho desde a Revolução Industrial, levando à recente ampliação da competência da Justiça do Trabalho para as causas envolvendo qualquer relação de trabalho, o emprego é ainda o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica da sociedade de economia capitalista. O emprego é a figura que engendra a maior carga de estabilidade social, mormente quando os contratos se estabelecem sem prazo, assentes com o princípio da continuidade.

29 VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 111-135.

30 SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.581

31 Não há como negar o dever de trabalhar, mas não é ele decorrente deste direito e sim de uma interpretação sistemática, envolvendo princípios, a exemplo da dignidade e da solidariedade – ninguém pode, injustificadamente, tornar-se dependente dos demais membros da sociedade, através da previdência social.

Portanto, não só do ponto de vista da proteção individual do empregador, mas fator de segurança social, é no emprego que o trabalho corresponde a fator de inserção no sistema socioeconômico capitalista, e nessa perspectiva é que se exalta o compromisso da busca de pleno emprego.³²

Diante da proteção estabelecida constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional ao contrato, e, especificamente, ao contrato de emprego, não há dúvida que o inciso I do art. 7º determina restrições à liberdade do empregador de romper o vínculo de forma arbitrária ou sem justa causa.³³

A segurança no emprego é a certeza de que não havendo prática de falta grave, justificativa, financeira, técnica ou econômica, o emprego é preservado, podendo o trabalhador assumir o seu status de empregado e exercê-lo de forma plena, o que implica assumir compromissos pessoais e financeiros sem risco de, imotivadamente, se tornar desempregado, sem condições de dar continuidade ao investimento de vida que fez, respaldado em situação jurídica que acreditava, com boa fé, ser segura: "a maior forma, contudo, de proteção à manutenção do emprego é a possibilidade de resistência em se admitir a resilição unilateral do empregador"³⁴.

Há que ressaltar que, sendo o contrato de emprego caracterizado por estabelecer uma relação obrigacional de duração indeterminada, o seu rompimento imotivado enseja abuso do direito, combatido pelo ordenamento jurídico, incluindo as decisões nos tribunais, que, nunca é demais lembrar, são vinculados objetivamente ao Texto Constitucional Fundamental.

Considerando o poder como "a situação ou capacidade de dirigir a conduta de outros, fazer com que ajam de determinada maneira"³⁵, não há como negar que o empregador é seu detentor "porquanto é o proprietário dos meios de produção; porquanto é a autoridade naquela instituição; porquanto pactuou num contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial".³⁶

Há uma situação de desigualdade exatamente em razão de ser o empregador um centro de poder, a ser contido. O sistema estabeleceu uma desigualdade das partes contratantes, porém, em favor do empregador. O empregador pode punir o empregado, além da própria rescisão, atingindo o seu direito ao trabalho, mais do que uma situação patrimonial, e pode, também, aplicar outras sanções, morais, pecuniárias, profissionais.³⁷

Os Direitos Fundamentais devem ser protegidos diante do poder, qualquer que seja, e o sistema de garantia, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar em todas as direções.³⁸ Consequentemente, excluir do empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa quando lhe é infringida a pena máxima pelo poder do empregador implica tratamento discriminatório e, portanto,

32 ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. (Re)significação dos princípios de direito do trabalho. Porto Alegre: Safe, 2009, p.103

33 Fazemos a distinção entre a despedida arbitrária, aquela sem qualquer justificativa, efeito do exercício de um direito equivocadamente considerado absoluto do empregador, e sem justa causa, ou seja, para a qual não contribuiu o empregado pelo cometimento de qualquer falta grave, mas que é respaldada em motivos técnicos (falta de adaptação do trabalhador às inovações tecnológicas introduzidas na empresa, por exemplo, ou econômicos (necessidade de redução de despesas).

34 RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106

35 COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: Ltr, 1999, p. 12

36 COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: Ltr, 1999, p. 13

37 COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: Ltr, 1999, p. 233

38 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303 (tradução livre).

ofensa ao princípio da igualdade.

Ora, se o texto constitucional atribui ao empregado, nessa condição, a titularidade de direitos fundamentais, incluindo a proteção ao emprego, como justificar a exclusão do acesso ao direito de defesa e de contraditório quando ameaçado o próprio emprego?

Não há resposta satisfatória para a pergunta elaborada. Ao revés, quando se opta pelo suposto direito potestativo de despedir sem motivação e sem observância do devido processo legal, está-se trilhando caminho aporético, que despreza garantia secular de todos os cidadãos, o que inclui o homem-trabalhador.

A opção despótica ao norte apontada se torna ainda mais afrontadora ao Texto Constitucional quando se percebe que até as normas civis, baseadas na plena igualdade entre as partes convenientes, elevam a garantia do devido processo legal, e o contrato de emprego, onde há forte assimetria social, não a tem em conta.

Por fim e por tudo, ofende o princípio da dignidade alguém, sem direito de defesa, poder ser acusado de falta de tal maneira grave que o leva à perda imediata de seu meio de sustento, ao desemprego e a todas as consequências que acarreta essa circunstância, e até mesmo a uma possível discriminação entre os seus colegas de profissão. Privado do salário e de todas as vantagens que teria caso fosse sua a iniciativa de ser afastado ou caso fosse afastado sem acusação de falta grave.

Até o Estado fecha as portas àquele que, sem qualquer procedimento de apuração de falta, é despedido por justa causa, negando-lhe o pagamento do seguro desemprego. Ora, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se vê diretamente afetada³⁹, como é o caso da relação de emprego.

Desta forma, não há dúvida quanto à obrigatoriedade de ser observado o devido processo legal, independentemente de lei infraconstitucional assim determinando, uma vez que assim já previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O procedimento já é obrigatório, cabendo, apenas, a sua regulação. Até lá, compete aos juízes (vez que vinculados objetivamente às normas fundamentais), tal como fizeram em relação à definição de responsabilidade na hipótese de terceirização de serviços, construir a solução. Podem, e devem, os sindicatos estabelecer em seus acordos e convenções, mediante negociação, rotina que assegure o cumprimento desse direito constitucionalmente assegurado a todos, incluindo os empregados, seja qual for a sua categoria profissional. A inexistência de legislação nesse sentido, decorridos mais de vinte e quatro anos da promulgação da Constituição em que se assegura de forma expressa o direito ao contraditório e à ampla defesa de todos os que são acusados, constitui omissão inconstitucional.

Por conseguinte, compete ao Poder Judiciário suprir a inércia do legislador, sempre tendo em vista o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A independência dos poderes não afasta esta possibilidade. Cumpre ao empregador, diante da vinculação horizontal do direito ao contraditório e da ampla defesa, ao pretender despedir por justa causa empregado seu, apresentar ação junto à Justiça do Trabalho, expondo os fatos, preservando o emprego, se assim for possível; ou suspendendo a prestação do trabalho, mas mantendo o pagamento do salário, diretamente

39 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 334 (tradução livre)

ao trabalhador ou mediante depósito à disposição do juiz.

Pode, ainda, o empregador requerer que diante do exame das provas já constituídas, seja suspensa a obrigação de pagar o salário. De qualquer sorte, somente após a decisão judicial no sentido de reconhecer a justa causa, poderá ser autorizado a despedir o empregado por justa causa.

Não se trata de inovação e sim de aplicação analógica do procedimento adotado em relação à despedida por justa causa do empregado investido em cargo diretivo do sindicato e interpretação evolutiva do próprio Texto Constitucional, a ser observada na relação privada de emprego.

Outrossim, é possível que o empregador constitua internamente uma comissão voltada para apurar os fatos

e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo. Assim procedendo, e concluindo a comissão pelo cometimento de falta grave e pela responsabilidade do empregado, poderá efetivar a despedida motivada, rescindindo o contrato de trabalho.

Pode o empregado recorrer à Justiça do Trabalho com a finalidade de afastar a justa causa. O não atendimento a um dos procedimentos aqui indicados, autoriza o juiz a considerar o contrato de emprego vigente até à comprovação, ainda que liminarmente, da justa causa ou a declarar a nulidade da despedida por justa causa, reconhecendo ter sido ela imotivada.

Somente assim estar-se-á dando cumprimento ao devido processo legal constitucionalmente assegurado a todos os que são acusados, incluindo o empregado quando é atingido pela pena máxima ou consequência extrema do não cumprimento de cláusula contratual, a despedida, sem que lhe seja permitido um momento de defesa, de justificativa, de esclarecimento dos fatos.

4. CONCLUSÃO

Os direitos laborais inespecíficos são os Direitos Fundamentais, classicamente conhecidos como direitos de primeira geração ou direitos de cidadania, que permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador. Entre outros, ressaltam-se aqui o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório.

O art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 assegurou o direito ao devido processo legal, direito esse que, no âmbito do contrato de emprego, limita a livre iniciativa, também constitucionalmente assegurada (art. 170).

O devido processo legal abrange o direito de ser ouvido, o direito ao oferecimento e produção de provas e o direito a uma decisão fundamentada, tendo sido idealizado com a finalidade de coibir os abusos do Estado. Todavia, o conceito evoluiu, considerando que hoje o poder não é apenas fenômeno político, sendo também social e econômico. Outros centros de poder foram sendo desenvolvidos, pelo que também eles devem sofrer limitações em seu agir, para que não haja arbítrio em suas decisões, especificamente nas que implicam aplicação de sanção.

Por conseguinte, independentemente de qualquer previsão normativa e da natureza do poder, nas relações privadas em que haja possibilidade de acusação e sanção deve estar assegurado a quem é acusado o direito de se defender e de se manifestar em termos e condições que viabilizem a influência no resultado.

O empregador é detentor de poder, já que, proprietário dos meios de produção, pactuou em contrato situação que o habilita a dirigir a conduta de outros, fazendo com que procedam de determinada maneira. Como centro de poder, a exemplo de todos os demais, precisa de ser contido para que não seja arbitrário.

O art. 7º, inciso I, estabelece como direito fundamental social a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Tratando-se de direito fundamental, está protegido pelas mesmas garantias que asseguram os demais direitos dessa natureza, incluindo a aplicabilidade imediata (art. 5º).

Diante da proteção ao contrato estabelecida constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional e, especificamente, ao contrato de emprego, não há dúvida que o art. 7º, inciso I, restringe a liberdade do empregador de romper o vínculo de forma arbitrária ou sem justa causa.

Assim sendo, por força da vinculação horizontal ao dever de assegurar o devido processo legal, o empregador ao proceder à despedida por justa causa deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, tal como é assegurado a todos os demais cidadãos que se encontram em situação de sujeição a poder. Entendimento contrário leva a ter-se o trabalhador como cidadão diferente, o que traduz procedimento discriminatório, afrontando-se o princípio da igualdade.

Até que o legislador cumpra a função constitucional de estabelecer o procedimento a ser adotado pelo empregador na despedida sem justa causa, assegurando o devido processo legal, em cumprimento ao quanto assegura o art. 5º, inciso LIV da Carta Magna, cabe ao Juiz suprir essa omissão, adotando as medidas indicadas no texto. A atuação do Judiciário não implica afronta ao princípio da independência dos poderes, considerando o fim imposto a todos de cumprimento da constituição e a atitude omissiva do legislador.

Podem e devem os sindicatos estabelecer em negociação coletiva, rotina que assegure o cumprimento desse direito constitucionalmente assegurado a todos.

Pode e deve o empregador constituir comissão interna, de composição mista, voltada para apurar os fatos e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo.

5. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Abrantes. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

ALMEIDA, Renato Rua de. **Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. In: Direitos laborais inespecíficos. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012

BASTIDAS, Ana María Colmenares **Los derechos laborales inespecíficos**. Una

realidad justa. Disponível em: http://www.e-pol.com.ar/newsmatic/index.php?pub_id=99&sid=612&aid=72610&eid=87&NombreSeccion=Art%EDculos%20Acad%E9micos&Accion=VerArticulo. Acesso em 17/07/2013.

BRAGA, Paula Sarno. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: Podivm, 2008

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador, n.13, 2002. Disponível em: HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdf acessado

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista.** São Paulo: Ltr, 1999

DIDIER JR, Fredie. **O devido processo legal e a exclusão do sócio:** notas ao art. 57 do Código Civil. IN:_____. et all. Constituição e processo. Salvador: Juspodivm, 2007

GARCÍA, Raúl Eduardo Mucha García. **Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores.** Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>. Acesso em 17/07/2013).

MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares.** São Paulo: Saraiva, 2009

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Relações jurídicas privadas e**

direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil. IN: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. Processo e direito material. Salvador: Juspodivm, 2009

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos e DE LA ROSA, Manuel Álvarez. **Derecho del Trabajo.** 9. ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres S.A

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal.** Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005

RESENDE, Renato de Sousa. **A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego.** IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010,

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Devido processo legal.** *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, 19

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas:** o caso da relação de emprego. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011,

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003

ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. **(Re)significação dos princípios de direito do trabalho.** Porto Alegre: Safe, 2009

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-9223.pdf>. Acesso em 07/03/2013

<http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em 30/01/2013.

<http://www.tj.rs.gov.br>.

Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 17/07/13

Portanto, não comprovado o exercício de atividade incompatível com o controle de jornada, e não tendo a reconvinde carreado aos autos os registros do horário de labor (Súmula n. 338, I), presume-se verdadeira a jornada declinada na petição da reconvenção, limitada, contudo, pelo depoimento prestado pela única testemunha ouvida nos autos.

Tem-se, desse modo, que o falecido trabalhava, de segunda a sexta-feira, das 7h às 20h, sem intervalo intrajornada.

Defiro, portanto, horas extras e consectários legais, assim consideradas as que excederam a oitava diária e a quadragésima quarta semanal, considerando a jornada de trabalho acima fixada.

Correção monetária na forma da Súmula 381 do TST e juros a contar da propositura da ação.

DANO MORAL

As recorrentes insurgem-se também contra a decisão de origem que indeferiu o pleito de indenização por dano moral.

Razão lhes assiste

A empresa, em sede de contestação à reconvenção, aduz que no dia 28/07/2011, nas proximidades do Município de Eunápolis, no momento em que o empregado se deslocava com o veículo da companhia, foi envolvido num acidente automobilístico. Argumenta que, dos autos do inquérito policial tombado sob o n.º 0002427-29.2011.805.0079, colhe-se que o acidente foi causado por RUI DA CRUZ MOTA, que ao tentar ultrapassar em local proibido o caminhão dirigido por JOSÉ BERNARDINO DA SILVA, colidiu frontalmente com o veículo conduzido por DANILO GOMES DA SILVA, que vinha em sua mão de direção.

Vale ressaltar, inicialmente, que, ante os termos da contestação, é incontroverso que o empregado, quando do labor em favor da reconvinde, sofreu acidente de trânsito, que o levou à morte. Ademais, o documento de fl. 90, expedido pela Delegacia de Polícia Territorial, evidencia que, de fato, a responsabilidade pelo referido acidente foi imputada a RUI DA CRUZ MOTA, "que fez uma ultrapassagem indevida e irresponsável a bordo de um veículo FORD Ecoesport, cor prata, placa policial HDK 9371, que acabou chocando-se frontalmente com o veículo da vítima, ocasionando a sua morte ainda no local do evento". Contudo, disso não se extrai a improcedência do pleito indenizatório.

Entendo que o de cujus, ao laborar como motorista para a reconvinde, exercia atividade de risco, circunstância que atrai a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Decerto, como bem destaca o enunciado 447 da V Jornada de Direito Civil, divulgado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, "A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência".

Dentre as várias modalidades de risco de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, Sérgio Cavalieri Filho elenca o risco profissional (Programa de Responsabilidade Civil, 3ª Edição, Malheiros) que, na dicção de Paulo Sérgio Gomes Alonso, "cuida do risco pertinente à atividade laboral na relação jurídica de vínculo empregatício que se forma entre o empregador e o empregado". (Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva, pág. 61, Saraiva, 2000). No mesmo sentido esclarece Sebastião Geraldo de Oliveira, ao asseverar que "se a exposição do trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, porquanto, nessa hipótese, foi o exercício do trabalho naquela atividade que criou esse risco adicional. Em outras palavras, consideram-se de risco, para fins da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, as atividades que expõem os empregados a uma maior probabilidade de sofrer acidentes, comparando-se com a média dos demais trabalhadores" (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 127).

Nesse diapasão, o reconhecimento da responsabilidade da recorrida no caso concreto, independe da prova de culpa, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o acidente sofrido pelo trabalhador e o trabalho prestado, conforme defendido pela teoria da responsabilidade objetiva, que adoto. Tenho, pois, que a presença do dano e da relação de causalidade é bastante para que a reconvinde deva suportar a compensação buscada à luz da teoria da responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa, que passa a ser importante, pelo seu grau (grave, leve e levíssima), apenas para a definição do quantum indenizatório dos danos morais.

Na espécie, parece-me fora de dúvida que o evento causou dano ao patrimônio imaterial das recorrentes. Em verdade, a questão tormentosa que se apresenta tem a ver não com o dano, indubitavelmente presente, mas, sim, com o nexo causal, considerando que a prova dos autos aponta, de fato, para a ocorrência de fato exclusivo de terceiro.

Destarte, sobre o fato de terceiro, efetivamente provado nos autos, cheguei a me posicionar no sentido de que a sua ocorrência, mesmo nos casos de responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco, rompia o nexo causal e isentava o empregador do dever de reparar o dano. Veja-se, no particular, ementa de julgamento de minha relatoria ocorrido em 2012 nesta e. Turma:

“ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DE NEXO CAUSAL. EXONERAÇÃO DO EMPREGADOR. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil consagra a teoria do risco decorrente do exercício normal da atividade, prevendo, pois, a responsabilidade objetiva do empregador. Reconhecida, porém, a ocorrência de fato exclusivo de terceiro e consequente rompimento do nexo causal, exonera-se a empresa da obrigação de indenizar”. (Processo 0000611-37.2010.5.05.0551. Recurso Ordinário. ac. nº 089007/2012, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 4ª. TURMA, DJ 03/02/2012).

Sucedo, porém, como nos adverte Sebastião Geraldo de Oliveira, que *“Tem-se cogitado, em determinados casos, que a possibilidade de sofrer o acidente, mesmo causado por terceiros, foi aumentada em razão do exercício do trabalho da vítima, pelo que seria cabível aplicar a responsabilidade civil objetiva do empregador, com apoio na teoria do risco criado. A maior vulnerabilidade do acidentado estaria no campo do risco conexo e previsível daquela atividade econômica. Em vez de se concentrar na assertiva de indenizar os danos causados pelo empregador, desloca-se o pensamento no sentido de indenizar os danos sofridos pelo acidentado durante a prestação dos serviços. É certo, porém, que o empregador, se for o caso, pode acionar o terceiro causador do acidente para reembolso do valor da indenização”*. (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 170). Maior prova disso, aliás, é o próprio acidente sofrido pelo genitor das recorrentes, intimamente ligado ao risco da atividade desenvolvida.

Nesse contexto, após intensa divergência intestina, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho concluiu e pacificou o entendimento de que, na responsabilidade civil objetiva fundada no risco da atividade, o fato de terceiro não exclui o dever de indenizar, corrente a qual passei a me filiar. Transcreve-se, abaixo, a ementa do acórdão referido, cuja notícia foi divulgada, inclusive, no Informativo n. 1 daquele Tribunal Superior:

“RECURSO DE EMBARGOS. TÉCNICO EM INFORMÁTICA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM RODOVIAS INTERMUNICIPAIS. ATIVIDADE DE RISCO. ACIDENTE DE TRABALHO EM VEÍCULO AUTOMOTOR COM EVENTO MORTE. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. Embora hoje haja verdadeira controvérsia na doutrina e na jurisprudência com o fim de afastar a responsabilidade do empregador, por fato de terceiro, ainda que em atividade de risco, a matéria merece uma reflexão mais cuidadosa, na medida em que tal afastamento decorre da possibilidade de o autor vir a ajuizar ação de regresso ao terceiro, causador do dano. Tal entendimento, todavia, no direito do trabalho, não pode ser recepcionado, quando é certo que a responsabilidade pela atividade econômica é do empregador, e não do empregado. A leitura a ser

feita da norma inscrita no art. 2º da CLT c/c art. 927, parágrafo único, do CC, em conjugação com os princípios que regem a relação jurídica trabalhista, é no sentido de que a indenização é devida ao empregado e que eventual ação de regresso, a ser intentada, deverá ser feita pelo empregador, contra aquele cuja conduta ensejou a sua responsabilidade na reparação do dano. Recurso de embargos conhecido e desprovido". (Processo: E-RR - 1299000-69.2008.5.09.0016. Data de Julgamento: 16/02/2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/04/2012).

O ordenamento jurídico prevê, assim, que os danos que forem causados, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar sem ressarcimento. Verificado o evento danoso, surge a necessidade de restauração com dispensa da análise da subjetividade do agente e a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto, podendo-se *"concluir que não é necessário que haja comportamento anormal do empregador para gerar o direito à indenização, pois o simples exercício da atividade, ainda que normalmente desenvolvida, pode acarretar o direito à indenização, caso tenha provocado danos à vítima."* (Sebastião de Oliveira, Responsabilidade Civil Objetiva por Acidente do Trabalho, - Teoria do Risco, Revista LTr, abril/2004, pág. 412).

No que toca ao dano moral, é importante assinalar que a satisfação pecuniária que se busca, diante da impossibilidade de ressarcir o sofrimento causado aos sucessores do ofendido, possui caráter pedagógico e preventivo, e objetiva, com a sanção, desestimular a reincidência no ato ilícito. Orlando Gomes define o dano moral como "o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem", observando, "porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento." (Obrigações, págs. 271/272, Forense, 11ª Edição, 1997), embora o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso X) se refira à indenização do dano moral.

Esse "mal evidente", expressão que o Min. Francisco Rezek cunhou acerca do delineamento da noção de dano moral quando do julgamento do processo STF-RE-172720-2ª Turma, tendo Relator o Min. Marco Aurélio, que não exige que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo, busca reparação que se transforma, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana, até porque, "seria exigir prova diabólica, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo: o dano moral." (TARS, 1ª CC, Ap. Civ. 194.210.266, Rel. Des. Ari Darci Wachholz, julg. em 18/4/1995).

Daí assegurar, com propriedade, Maria Celina Bodin de Moraes, que "O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instruída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana). Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade." (Danos à Pessoa Humana, págs. 132/133, Renovar, 2003).

Ostenta a indenização por dano moral "um nítido caráter punitivo ao ofensor, destinado a inibir ou desencorajar, pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência na ofensa a bens preciosos da personalidade objeto de tutela jurídica." (João Oreste Dalazen, Júris Síntese nº 24, pág. 10, julho-agosto/2000). Na espécie, sem dúvida, foi atingida a integridade física e psíquica dos sucessores do falecido, maculando, em consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo Código Civil não traz critérios objetivos para a quantificação da indenização por dano moral,

impondo ao magistrado a sua fixação por arbitramento, aplicando a equidade no caso concreto, com a análise da extensão do dano, das condições sócio-econômicas dos envolvidos e do grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Não se perca de vista, ainda, a função social da responsabilidade civil (seja patrimonial, seja extrapatrimonial), segundo a qual, se por um lado deve-se entender que a indenização é um desestímulo para futuras condutas, por outro não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa da vítima. O direito à compensação do dano guarda previsão constitucional (art. 5º, incisos V e X) e a sua fixação confere ao magistrado ampla discricionariedade embasado em prudência. Daí ser “o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a gradará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima.” (Sílvio Rodrigues, Direito Civil, Vol. 4, págs. 208/209, Saraiva, 7ª Edição).

Atentando-se, nesse diapasão, às circunstâncias do caso concreto, não se pode falar em finalidade estritamente punitiva da indenização por danos morais, mormente porque não é possível vislumbrar a culpa da empresa, no particular. De fato, consoante exposto anteriormente, o real culpado pela ocorrência do acidente, ao que tudo indica, é terceiro. Assim sendo, o dever de indenizar da recorrida se faz presente apenas pela exposição do trabalhador ao risco de acidentes, consoante a moderna doutrina da teoria da responsabilidade civil alicerçada na teoria do risco profissional. Nesse sentido, opina o reiteradamente citado Sebastião Geraldo Oliveira:

“(…) nas hipóteses em que o deferimento da indenização tem como fundamento tão somente a teoria do risco, especialmente quando ausente qualquer prova de culpa do empregador no acidente, parece não haver espaço para considerar o efeito punitivo da indenização. Sem dúvida, a finalidade de compensar a vítima continua; todavia, se não foi a conduta culposa do réu que gerou o acidente, mas sim um risco inerente à atividade, é pelo menos questionável o aspecto da condenação com propósito punitivo-pedagógico”. (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 241).

Advirta-se, contudo, que a ausência de culpa do empregador para o infortúnio não impede o direito à indenização do empregado, constitucionalmente assegurado no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988. Decerto, na esteira do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, *“Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”*. Colhe-se, no ponto, mais uma vez, a lição do acima citado doutrinador:

“E quando não houver culpa do empregador, mas apenas condenação pela teoria do risco, a redução equitativa da indenização também é cabível? Acreditamos que a resposta seja positiva e que o norte da fixação do montante indenizatório será mesmo a equidade, que foi expressamente mencionada no dispositivo transcrito [art. 944 do CC/2002] (...). Convém ressaltar neste passo o papel cada vez mais importante que a doutrina e o legislador estão atribuindo à equidade para dimensionar a justa reparação do dano, principalmente quando se trata de dano moral”. (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 242).

Assim, pelos fundamentos supra, defiro a indenização por danos morais postulada, arbitrada em R\$100.000,00 (cem mil reais). Juros de mora e correção monetária desta parcela nos termos da Súmula n. 439 do c. TST.

Registre-se, por oportuno, que a indenização deferida não se compensa com qualquer outra, mesmo a título de seguro.

Diante de tais considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para, nos termos da fundamentação, deferir às reconvintes indenização por danos morais no importe de R\$100.000,00, horas extras e consectários legais.

Majoro a condenação em R\$105.000,00, com custas complementares no importe de R\$2.100,00, pela reconvinda-recorrida.

Isto posto, acordam os Desembargadores do Trabalho da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, por maioria, DAR PROVIMENTO ao recurso para, nos termos da fundamentação, deferir indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00, horas extras e consectários legais; vencida a Ex.ma Desembargadora Relatora, que negava provimento ao recurso. Majora-se a condenação em R\$105.000,00, com custas complementares no importe de R\$2.100,00, pela reconvinda-recorrida.

Salvador, 3 de julho de 2013

ALCINO FELIZOLA

Desembargador Redator

nº 9.717/1998, derogou as disposições contidas no inciso II, alíneas "a", "b", "c" e "d", art. 217, da Lei nº 8.112/90.

Inicialmente, esclareço que o Direito Administrativo, embora regido por normas de direito público e fincado no princípio da legalidade, a sua forma é dotada de moderado formalismo.

Digo isto, para registrar que se exigisse o formalismo, as vezes até exacerbado do processo judicial, por certo, o recurso interposto jamais poderia ser conhecido.

Com efeito, embora o recorrente se insurja contra a decisão supracitada, em nenhum momento ataca seus fundamentos.

Aliás, pelas leituras das razões recursais, verifica-se que seu pleito é de que o benefício temporário seja concedido até completar 24 anos, por ser vestibulanda, enquanto que o pedido foi indeferido em face do entendimento do Tribunal de Contas de União de suposta alteração legislativa.

Pois bem.

DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA MATÉRIA

A lei 8.231/91, que trata do Regime Geral da Previdência Social, contemplava o menor sob guarda como dependente do segurado para efeitos previdenciários.

Posteriormente, o legislador, por meio da Lei nº 9.528/97, promoveu alterações com contornos restritivos e em contrariedade as demais normas regentes do Estado Democrático de Direito, retirando do menor sob guarda a condição de dependente previdenciário.

Observe-se, de logo, que houve alteração expressa do § 2º, art. 16, da lei, nº 8.213/91.

Situação diversa, entretanto, ocorreu com a Lei nº 9.717/98. Sim, pois referido preceptivo alterou expressamente diversos dispositivos da Lei 8.112/90, dentre eles, contudo, não se encontram as disposições do art. 217.

Ora, a referência do art. 5º da Lei nº 9.717/98, por si só, não tem o condão da derrogação almejada pelo TCU e reconhecida pela Presidência.

Não há a derrogação.

Elucidativas são as lições de Maria Helena Diniz, ao comentar a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, quando afirma, fls. 68:

"A revogação tácita ou indireta operar-se-á, por força de aplicação supletiva do art. 2º, §1º, primeira parte, da Lei de Introdução quando a nova Lei contiver algumas disposições incompatíveis com as da anterior, hipótese em que se terá derrogação, ou quando a nóvel norma reger inteiramente toda a matéria disciplinada pela lei anterior, tendo-se, então, ab-rogação."

E mais adiante arremata:

“Deverá haver compatibilidade de um dispositivo legal com norma constitucional.”

E acrescenta a ilustre doutrinadora citando Fiol:

“E sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas de modo a fazer cessar a antinomia, pois as leis, em regra, não se revogam por presunção.” E sintetiza a estudiosa: “Assim, havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis “conflitantes” são compatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume.” (grifo nosso)

Ora, é indene de dúvida que o benefício previdenciário em questão é regido por lei especial, não se lhe aplicando as alterações legislativas encetadas na lei geral.

Assim, não é demais registrar que o diferente deve ser tratado como diferente, de modo a dar vida ao princípio da isonomia, à medida de que trata-se igualmente o igual e desigualmente o que é desigual. É o desiderato do critério da especialidade, de modo que a norma seja aplicada visando os objetivos sociais e a finalidade a que se destina.

De qualquer sorte, nos termos da Lei Complementar n° 95/98, que normatiza o Processo Legislativo, a revogação das disposições de determinada norma devem ser expressas.

E não é só.

A guarda da menor foi obtida pela instituidora da pensão em março de 1998, quando a Requerente contava com pouco mais de três anos de idade, consoante se verifica do documento de fls. 17.

Nesse passo, nos termos do quanto preconiza o art. 33, do ECA, a guarda, que pressupõe orfandade ou a perda de poder familiar pelos pais, obriga ao seu detentor à prestação de assistência integral à criança ou adolescente.

Some-se a isto que o §3º, do art. 33, do ECA, assim dispõe: “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de dependente, inclusive previdenciários.” (grifo nosso).

Ora, não é à toa tal previsão, sob pena de a criança ou o adolescente ser lançada a própria sorte e sem condições materiais de manutenção, de própria sobrevivência.

De outra banda, as normas infraconstitucionais devem obediência, para sua validade, ao quanto preceitua a Constituição Federal. Nesta, art.227, inciso II, §3º, assim dispõe:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;”

Desta forma, a questão perpassa à literalidade da norma e deve ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor, nela incluídos os princípios constitucionais e as disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Registre-se, mais uma vez, que a Lei nº 8.112/90 não foi alterada, repita-se.

Destaque-se, por oportuno, que embora a Lei do RGPS tenha excluído o menor sob guarda de dependência previdenciária, os tribunais pátrios vem relativizando e mitigando sua aplicabilidade, notadamente porque tal modificação não teve o condão de derrogar o art. 33, da Lei nº 8.069/90 (ECA), até porque esse Estatuto apenas regulamenta o texto constitucional.

Veja as ementas a seguir, onde o STJ e os Tribunais Regionais Federais, garantem o benefício previdenciário ao menor sob guarda.

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO

POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).

3. Recurso especial desprovido.” (STJ, RESP 601.397-RS, Rel. Exma. Sra. Min. Laurita Vaz, 5. T., unânime, j. 15/12/2005, DJ1 nº 26, 06/02/2006, p295) Previdenciário. Recurso Especial. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente do segurado. Equiparação a filho. Legislação de proteção ao menor e adolescente. Observância. 1. A Lei nº 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado. 2. Ocorre que a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do Adolescente – é conferido inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90). 3. Recurso Especial desprovido. (STJ, RESP Nº 642.915/RS, Rel. Ministra Laurita VAZ, Quinta Turma, unânime, j. 22/08/2006, DJ nº 198, 16/10/2006, p 416)”.

“A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao § 2º, do art. 16 da Lei nº 8.213/91 não teve o efeito de excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social e, como a guarda do rol de dependentes do segurado da Previdência Social e, como a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, de acordo com o ECA, faz jus a Autora à concessão da pensão por morte do avô, desde a data do óbito da avó (06/02/1998), nos termos da redação original do art. 74, da LBPS/91, ATÉ 07/08/2000 (data de implementação dos 21 anos de idade – fl. 14), a teor do art. 77, II, da Lei nº 8.213/91. (TRF4, AC 2002.04.04.01.022583-0/RS, Rel. Des. Federal Celso Kipper, Quinta Turma, unânime, j. 20/06/2006, p.896).”

Não é demais acrescentar que a guarda, como qualquer instituto jurídico, também está sujeita a ser

empregada com desvio de finalidade.

Entretanto, ainda que se aplicasse a multicitada alteração ocorrida no RGPS, o que se afirma apenas para argumentar, na hipótese dos autos, a guarda foi concedida há quinze anos, o que afastaria qualquer presunção de abuso por parte da instituidora.

Deveras, a prevalecer o entendimento de interpretação literal do § 2º art. 16, Lei nº 8.213/91, além de não ser a melhor solução, deixa ao desamparo, repita-se a criança ou o adolescente, merecedor da tutela previdenciária.

Por tudo quanto explicitado, entendo que a Lei nº 9.717/98, não excluiu o menor sob guarda da proteção previdenciária a que se refere o art. 217, inciso II, "b", da Lei nº 8.112/90 que, de resto, harmoniza com a lei fundamental.

Oportuna é a transcrição da decisão proferida pelo STJ, em caso similar, relatado pelo Ministro Gilson DIPP, Recurso Especial nº 322.715-RS C2001/0052623, que reconhecendo a legislação protetiva aplicada ao menor sob guarda, improveu o recurso da União:

"PREVIDENCIÁRIO.PENSÃO POR MORTE. MENOR DEPENDENTE SOB GUARDA DO AVÔ SERVIDOR PÚBLICO. LEI 6697/79.CÓDIGO DE MENORES.PRECEDENTES DO STJ.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I- A lei nº 6697/79- código de Menores- previa em seu artigo 24, § 2º, que "a guarda confere ao menor a condição de dependentes para fins previdenciários." Não obstante na legislação aplicável à hipótese – Lei nº 1711/52 e Decreto nº 83080/79 – não conste o neto no rol de beneficiários de pensão temporária, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II- Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos, Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III- Recurso conhecido e desprovido.

Recurso Especial nº 322.715, Brasília, 24.08.2004."

Acrescente-se, por fim, que na hipótese dos autos, sequer se trata de exclusão de pensão, pois o benefício foi concedido a "outra beneficiária".

É dizer, a requerente, por direito, pleiteia apenas a cota parte de um benefício que já foi concedido. Esclareça-se, por oportuno, até porque não é objeto do recurso, mas como consta dos autos, o seguinte:

O benefício concedido a Senhora Úrsula Maria Fraga Silva, filha da instituidora Lindaura Fraga Silva, configura ainda mais acentuada a injustiça com a requerente.

Com efeito, nos termos do laudo da junta médica de fls. 26, a invalidez da referida beneficiária data de 06.01.2009.

Ora, consoante documento de identidade acostado às fls. 10, na data acima apontada, a Senhora Úrsula já contava com 58 anos.

Assim, data máxima vênia, não há que se falar em filho inválido. Isto porque, a invalidez deve ser preexistente à condição de dependente, se esta desaparecer (pelo requisito idade 21 anos), invalidez posterior não recupera a condição de dependência.

Desta forma, neste caso sim, o interesse público não está sendo preservado, eis que está se efetuando pagamento de pensão a pessoa que não mais detinha condição de dependência à época de sua invalidez.

Pelas razões acima, é certa asseverar que a Lei nº 9.717/98 não excluiu o menor sob guarda da proteção previdenciária a que se refere o art. 217, II, "b", do Estatuto do Servidor Público Federal. E, por esse motivo, a Administração Pública, que está jungida à legalidade, deve obediência a esse princípio, como também pautar seus atos com observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público.

Dito isto, entendo não ser razoável negar o benefício da pensão temporária à requerente, considerando que sua guarda foi legitimamente concedida à guardiã, instituidora do benefício, que era responsável por seu provimento material, desenvolvimento pessoal e qualificação profissional.

Dou provimento parcial, ao recurso para conceder a pensão temporária à Requerente, consoante dispõe o inciso II, art. 217, da Lei nº 8112/90.

Acordam os Desembargadores do ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso administrativo para conceder a pensão temporária à Requerente, consoante dispõe o inciso II, art. 217, da Lei nº 8112/90, com restrições dos Excelentíssimos Desembargadores Valtércio de Oliveira, Graça Laranjeira e Renato Simões quanto aos fundamentos.

Salvador, 12 de Agosto de 2013

(assinatura eletrônica)
ANA LÚCIA BEZERRA SILVA
Desembargadora Relatora

Contrarrrazões às fls. 894/902 e contraminuta às fls. 904/909 (pelo reclamante).

Contrarrrazões às fls. 912/924 (pela Petrobrás).

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

De início, ressalto que todas as folhas citadas neste voto são provenientes da peça sequencial nº 1 do processo eletrônico.

PETROLEIRO - INTERVALO INTRAJORNADA – SUPRESSÃO - NORMA COLETIVA - NATUREZA JURÍDICA - ARTIGO 3º, II, DA LEI Nº 5.811/72

A reclamada alega que, anteriormente ao acordo coletivo de trabalho, aplicava o adicional de confinamento em substituição ao adicional HRA (horas de repouso e alimentação), no percentual de 20%, equivalente ao valor dos intervalos não concedidos. Afirma que essa realidade foi reconhecida na cláusula 7ª do acordo coletivo pela qual se fixou a natureza do adicional de confinamento como contrapartida pelas horas de refeição não gozadas. Ressalta a autonomia da negociação coletiva, com base no art. 7º, XXVI, da Constituição da República. Aduz ainda que, por se tratar de indenização, descabe sua integração para efeito de reflexos salariais. Aponta violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal.

O Tribunal Regional decidiu, às fls. 811/813:

“2.1. Adicional de repouso e alimentação.

(...)

O regime de trabalho para os empregados na atividade do petróleo tem sistemas diferenciados, isto é, revezamentos em turnos de oito e em turnos de doze horas e sobreaviso, sendo estabelecidos direitos trabalhistas específicos nas três hipóteses.

No exame dos arts. 4º e 6º da Lei 5.811, que rege o trabalho dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos, verifica-se que o regime de revezamento em turno de doze horas implica repouso de 24 horas consecutivas para cada turno trabalhado, assegurando-se o pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida; no regime de sobreaviso, que corresponde à permanência à disposição do empregador por 24 horas, é assegurado repouso de 24 horas consecutivas para cada período de 24 horas em que permanecer de sobreaviso, e a percepção ainda de adicional (20%).

O reclamante exercia as funções de plataformista e estava sujeito à jornada de doze horas, durante quatorze dias e folgando em igual número de dias. Afirmou, a reclamada, na contestação, que, nesse sistema, caberia o pagamento de apenas 14 horas de intervalo não concedido e que era pago, em razão disso, adicional igual a 20%. Logo, não há discussão quer sobre o sistema de trabalho, nem mesmo sobre o direito ao adicional.

Os demonstrativos analíticos concernentes à remuneração (fls. 103/115) indicam o

pagamento de adicional de confinamento, no percentual de 20% (vinte por cento) e, a partir de junho de 2008, adicional de confinamento/HRA, correspondente a 26% (vinte e seis por cento). Por outro lado, a previsão em norma coletiva (cláusula 07) da majoração do adicional de 20 para 52,5% com implantação gradativa (fls. 71/72), corresponde, por óbvio, ao percentual a partir de então. Logo, sem nenhum questionamento sobre o respeito às normas coletivas, infere-se que o acordo passou a vigor para o futuro, em alcançar situações pretéritas.

No Acordo Coletivo (fls. 70/81), ficou estipulado que o adicional de confinamento seria elevado de 20% para 52,5%, gradualmente, para os empregados que trabalham nas sondas, em turnos ininterruptos de revezamento (Cláusula 07 – fl. 71). A reclamada alegou que o adicional de confinamento pago ao reclamante é destinado a remunerar a falta de gozo de intervalo, conforme reconhecido na norma coletiva.

Incontroversamente, o contrato de trabalho do autor era regido pela Lei nº 5.811/72. O art. 3º, II, do aludido diploma legal prevê que a hora de repouso e alimentação suprimida deve ser paga em dobro. O inc. II do art. 6º da mesma Lei assegura 'remuneração adicional correspondente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do respectivo salário-básico, para compensar a eventualidade de trabalho noturno ou a variação de horário para repouso e alimentação', o que comprova que o adicional de confinamento e o HRA (horas de repouso e alimentação) têm destinação diversa: enquanto o primeiro compensa condições adversas de trabalho, o segundo remunera a hora de repouso e alimentação suprimida.

Considerando-se que o reclamante laborava no sistema de 14x14 dias, são devidas 14 horas mensais, em dobro, pela supressão do intervalo para repouso e alimentação, no período compreendido entre a admissão e junho de 2008.

A reclamada, além disso, alega que a verba tem natureza de indenização, descabendo sua integração para efeito de reflexos salariais. Ora, a supressão do intervalo importa em pagamento do trabalho extra, e assim, sua natureza jurídica é de salário e gera reflexos. Nesse sentido, posicionou-se a Subseção de Dissídios Individuais do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 354."

No acórdão dos embargos de declaração, o TRT complementou, às fls. 841/842:

"A discussão dos presentes embargos gravita em torno da alegação de que o acórdão embargado foi omisso quanto à aplicação do art. 7º do acordo coletivo a situações pretéritas.

A empresa embargante alega que foram deferidas 14 horas extras mensais, em razão da não concessão do intervalo intrajornada, e que, no acórdão, foi consignado que o instrumento normativo teria efeitos apenas para o futuro, não alcançando situações passadas. Eis o teor completo do trecho questionado:

'Os demonstrativos analíticos concernentes à remuneração (fls. 103/115) indicam o pagamento de adicional de confinamento, no percentual de 20% (vinte por cento) e, a partir de junho de 2008, adicional de confinamento/HRA, correspondente a 26% (vinte e seis por cento). Por outro lado, a previsão em norma coletiva (cláusula 07) da majoração do adicional de 20 para 52,5% com implantação gradativa (fls. 71/72), corresponde, por óbvio, ao percentual a partir de então. Logo, sem nenhum questionamento sobre o respeito às normas coletivas, infere-se que o acordo passou a vigor para o futuro, sem alcançar situações pretéritas' (fl. 506).

Vislumbra-se que o texto se reporta ao percentual do adicional de confinamento e seu aumento gradativo, implantado pelo acordo.

Há de ser dito, em referência ao teor da cláusula 7ª do acordo coletivo, que a interpretação adotada no acórdão – pela qual o adicional de confinamento compensa condições adversas de trabalho –, por si só, contraria a tese defendida pela empresa nos presente embargos, pois nega validade à referida cláusula, no pertinente à finalidade do adicional.

Demais disso, deve ser frisado que o julgador não está obrigado a ater-se a todas as alegações trazidas pelas partes, vez que pode adotar fundamentos outros, até mesmo não alegados.

Infere-se, assim, que não houve a omissão apontada.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração.”

A Corte Regional negou a validade da cláusula 7ª do acordo coletivo firmado, sob o fundamento de que o adicional de confinamento e o HRA (horas de repouso e alimentação) têm destinação diversa e deferiu ao reclamante o pagamento de 14 horas mensais, em dobro, pela supressão do intervalo para repouso e alimentação, no período compreendido entre a admissão e junho de 2008, consoante previsão no artigo 3º, II, da Lei nº 5.811/72, que estabelece ser devido “pagamento em dobro da hora de repouso e alimentação suprimida nos termos do § 2º do art. 2º”.

Não há como acolher a pretensão da reclamada no sentido de que o pagamento do adicional de confinamento remunera a hora de repouso e alimentação suprimida, tendo em vista que são parcelas distintas.

Tampouco se admite a validade de norma coletiva que prevê a exclusão da parcela destinada a remunerar a supressão do intervalo intrajornada, prevista no artigo 3º, II, da Lei nº 5.811/72, uma vez que a matéria não se insere no âmbito da negociação coletiva, por versar sobre higiene, saúde e segurança do trabalho.

Assim, não se há de falar em afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Cito, por oportuno, os seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDÚSTRIA PETROQUÍMICA. EMPREGADOS REGIDOS PELA LEI Nº 5.811/72. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO EM VIRTUDE DE NECESSIDADE DE SERVIÇO. REMUNERAÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. OFENSA AO ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. No que tange ao regime de trabalho dos empregados de indústrias petroquímicas, a Lei nº 5.811/72, em seu artigo 3º, I, permite que haja a supressão do intervalo intrajornada para alimentação e repouso, por necessidade do serviço, desde que a hora suprimida seja paga em dobro. 2. No caso em exame, entretanto, restou consignado que acordo coletivo previa que o intervalo intrajornada, suprimido nos termos acima citados, seria pago à razão de 15% do valor da hora normal. 3. A Corte Regional, então, julgou inválida tal cláusula coletiva e determinou o pagamento das diferenças de intervalo intrajornada, conforme previsto na lei específica. 4. Tal decisão, ao contrário do alegado pela reclamada, não viola o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, tendo em vista ser o intervalo intrajornada, sobretudo, medida de proteção à higidez física e mental do trabalhador, de forma que a remuneração pela sua excepcional supressão não pode ser flexibilizada por negociação coletiva. Precedente da SBDI-1. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 62040-88.2001.5.09.0654, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2009);

“PETROQUÍMICOS - INTERVALO INTRAJORNADA LEI Nº 5.811/72 E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO - FLEXIBILIZAÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA IMPOSSIBILIDADE GARANTIA EXPRESSAMENTE ASSEGURADA POR LEI . Segundo o artigo 444 da CLT, ‘As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes’. O princípio da autonomia da vontade, no âmbito do Direito do Trabalho, sofre severas limitações, mediante a fixação, pela lei, de condições mínimas de trabalho, cuja derogabilidade, em prejuízo do empregado, não é possível, ante o caráter de ordem pública de que se revestem. É bem verdade que, com o advento da Constituição Federal de 1988, verifica-se ter o legislador pátrio adotado, de forma restrita, o princípio da flexibilização nas relações de trabalho, que, segundo a cátedra do douto ARNALDO SÜSSEKIND (em Instituições de Direito do Trabalho,

15ª edição - São Paulo: LTr, 1995, p. 204/205), 'tem por objetivo conciliar a fonte autônoma' - lei - 'com a heterônoma' - acordo ou convenção coletiva - 'tendo por alvo a saúde da empresa e a continuidade do emprego', mediante a abertura de 'uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública'. Analisando-se o texto constitucional em vigor, constata-se ter o legislador permitido aos interlocutores sociais, mediante negociação coletiva, flexibilizar a rigidez de exigibilidade e renunciabilidade de alguns dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Essa autorização, entretanto, não é ampla e irrestrita, de modo a permitir a redução de direitos expressamente assegurados pela lei, como na espécie, em que o intervalo intrajornada não concedido à categoria dos petroquímicos deve ser remunerado em dobro, nos termos do artigo 3º, II, da Lei nº 5.811/72. Recurso de embargos não conhecido." (E-RR - 764185/2001.0, Rel. Min.: Milton de Moura França, SBD1-1, DJ de 29/08/2003).

Consigne-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte Superior, consubstanciada no item III, da Súmula nº 437, firmou-se no sentido de que a natureza jurídica do pagamento atinente ao intervalo intrajornada não usufruído é salarial.

Incide, no caso, o artigo 896, §5º, da CLT.

Nego provimento.

DANO MORAL

O recurso baseia-se na assertiva de que a reparação decorrente de dano moral está condicionada à existência de ato ilícito e culposos, bem como do nexo de causalidade entre esse ato e o resultado, o que não se verificou na hipótese. Argumenta que não houve conduta comissiva ou omissiva com o fim de retaliar o reclamante pela sua adesão ao movimento paredista.

Afirma que em nenhum momento do pacto laboral expôs o reclamante a situações vexatórias ou discriminatórias, ofendeu ou fez comentários impróprios. Aduz que o abuso de direito, por ser figura contrária à boa-fé inerente às relações jurídicas, depende, para seu acolhimento, de prova robusta e inconteste. Aponta violação do artigo 186 do Código Civil e divergência jurisprudencial.

Eis os fundamentos do TRT, às fls. 813/814:

"A reparação por danos morais tem como pressupostos o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre o ato e o prejuízo ocorrido.

Quando a Constituição Federal estabeleceu como um dos fundamentos da República Brasileira, o respeito à dignidade humana, cravou ali a garantia primeira da incolumidade moral dos cidadãos, como um dos mais preciosos bens, ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a serem protegidos pelo sistema jurídico pátrio.

Partindo desta premissa, o dano moral vem recebendo grande destaque, o que também se dá no âmbito da Justiça do Trabalho como tema que tem merecido muita atenção dos estudiosos do Direito Laboral. Esta preocupação se justifica, pois a honra do ser humano não tem preço e, na relação de trabalho, reveste-se de importância vital, pois a mácula imputada ao obreiro permanece impregnada por toda a sua vida, causando, por conseguinte, enormes prejuízos morais e materiais que refletem em dificuldades para o acesso e permanência no já saturado mercado de trabalho.

Nesse passo, é imprescindível que seja caracterizada a existência do ato de constrangimento, pelo qual o empregado foi atingido em seus valores e teve desabonada a sua conduta, por ato do empregador. No caso, o comportamento da reclamada, ao afastar o reclamante de suas funções, teve típico caráter de reprimenda, em dupla vertente relativamente ao

empregado: tanto por ter participado do movimento paredista, como também por ser representante sindical, o que se traduz ainda em ameaça à liberdade de organização coletiva dos trabalhadores.

A reclamada argumenta que o afastamento ocorreu em razão de um acidente na sonda n° 5 e que foi realizada uma reestruturação das equipes de trabalho, mediante a qual foram deslocados empregados para a sonda n° 2, em que o reclamante trabalhava. Afirma que, com essa nova organização, o reclamante e outros empregados foram afastados temporariamente de suas funções. Ocorre, entretanto, que a alegação da empresa foge à razoabilidade, uma vez que, se o acidente ocorreu em sonda na qual o empregado não trabalhava, não havia motivos para que ele fosse afastado, pois seu posto de trabalho não fora afetado. A empregadora poderia, no máximo, ter promovido um revezamento entre as equipes, mas não o fez, preferindo isolar o reclamante (e outros empregados, como alegado), e esse comportamento presume um caráter de perseguição. É nítido o prejuízo ao reclamante, diante do fato de ser ignorado pela empresa em que trabalhava e do sentimento de inutilidade e de inferioridade frente a seus pares.

Configurou-se, portanto, ofensa à dignidade do trabalhador, constituindo lesão a ser compensada. Esse dano decorre do próprio ato ilícito, pois atinge bens incorpóreos, isto é, o sentimento de valor, a autoestima da pessoa. Assim, o fato por si só gera o dever de indenizar, pois se constitui dano *in re ipsa*.

A fixação do valor da indenização decorre da adoção dos parâmetros consistentes na gravidade do ato e nos reflexos na vida do reclamante. Não se tratando de indenização tarifada, ela não pode ser fixada com alheamento à condição da pessoa, do gravame sofrido e da sua finalidade pedagógica.

O reclamante trabalhou na reclamada por menos de um ano, percebendo remuneração no valor de R\$ 1.820,00, conforme TRCT (fl. 20). O d. julgador, levando em consideração o sofrimento psicológico do reclamante e a finalidade compensatória e pedagógica da indenização, fixou-a em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e nesse aspecto não comporta redução.

Devida, por conseguinte, a indenização por danos morais.”

O Tribunal Regional, soberano na análise das provas dos autos e em estrita observância ao princípio do livre-convencimento motivado (CPC, art. 131), concluiu pela caracterização do dano moral, tendo em vista que “o comportamento da reclamada, ao afastar o reclamante de suas funções, teve típico caráter de reprimenda, em dupla vertente relativamente ao empregado: tanto por ter participado do movimento paredista, como também por ser representante sindical, o que se traduz ainda em ameaça à liberdade de organização coletiva dos trabalhadores”.

Entendeu que não havia motivos para que fosse afastado do seu posto de trabalho, em virtude de não haver sido atingido pelo acidente ocorrido em outra sonda. Registrou que “a empregadora poderia, no máximo, ter promovido um revezamento entre as equipes, mas não o fez, preferindo isolar o reclamante”.

Consignou, ainda, que tal conduta por parte da empresa faz surgir a presunção de perseguição, sendo “nítido o prejuízo ao reclamante, diante do fato de ser ignorado pela empresa em que trabalhava e do sentimento de inutilidade e de inferioridade frente a seus pares”. Reputou ofendida a dignidade do trabalhador, constituindo lesão a ser compensada.

Diante desse quadro fático, não se verifica afronta ao artigo 186 do Código Civil.

Entendimento em sentido diverso implicaria revolvimento do conjunto fático probatório, procedimento inviável, ante o óbice da Súmula n° 126 desta Corte.

Cumprido salientar que o dano moral surge do fato em si, tão somente, sendo despicienda a comprovação de prejuízo em decorrência das lesões sofridas. A conduta da reclamada basta para violar direito decorrente da personalidade, do que resulta ser prescindível a demonstração de humilhação, aflição, abalo à honra, à psique ou à intimidade do agente passivo, por se tratar de um dano *in re ipsa*.

Nesse sentido são os seguintes precedentes: TST-RR-9950200-16.2006.5.09.0010, 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT de 19/12/2011; TST-RR-51100-12.2007.5.17.0014, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DEJT de 03/02/2012; TST-RR-55900-23.2005.5.04.0012, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 18/11/2011; TST-E-ED-RR-816513-56.2001.5.15.5555, SBDI-1, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT de 23/10/2009; TST-E-RR-109040-47.2005.5.12.0012, SBDI-1, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT de 04/06/2010; TST-E-ED-RR-346700-21.2002.5.12.0037, SBDI-1, Rel. Min. Augusto César de Carvalho, DEJT de 03/06/2011.

Por sua vez, a tese de restrição do dano moral à ofensa honra, estritamente, é por demais ultrapassada; trata-se de ofensa ao que se denomina de dignidade constitucional, representada pelos atributos inerentes à pessoa humana que encontram proteção no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Superada, portanto, a tese de imprescindibilidade da prova da existência de prejuízo, trazida nos arestos colacionados às fls. 853/855, a teor do óbice da Súmula nº 333 do TST, com exceção do aresto à fl. 854 oriundo de Turma desta Corte, sendo inservível para comprovar divergência, pois desatende o disposto no artigo 896, "a", da CLT.

Ademais, é importante ressaltar que, ao afastar o reclamante de suas funções e ao persegui-lo nas circunstâncias aqui analisadas – notadamente por conta de sua participação em movimento paredista e de sua atuação como representante sindical – a acionada praticou ato qualificado como "conduta antissindical", que não apenas violou o direito fundamental do trabalhador ao livre desenvolvimento da sua atividade sindical, como também comprometeu, ainda que por via oblíqua, o desenvolvimento da categoria por ele representada.

Consoante afirmado por Luciano Martinez em obra que constitui referência em matéria de antissindicalidade (MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013), cabe não apenas ao Estado a obrigação permanente de concretização e realização da liberdade sindical, mas também aos particulares (especialmente aos empregadores no caso concreto) o dever fundamental de respeitá-la em seus âmbitos individual ou coletivo. Veja-se trecho significativo:

"Vê-se na liberdade sindical um rico exemplo de direito fundamental cuja eficácia horizontal é indiscutível. O comando nele inserido extrapola os limites da exigência de abstencionismo do Estado para alcançar também os comportamentos dos particulares. Não há como negar que a sociedade pode exigir não apenas do Estado, mas dos agentes privados de um modo geral, o dever de respeito à liberdade sindical em seus âmbitos individual ou coletivo. O Estado, afinal, não é o único inimigo das liberdades. Como bem pontuou José João Abrantes (2005, p. 68), ele se tornou até, nos países democráticos, 'um aliado natural da pessoa e, mais do que isso, tem-se mostrado inclusivamente o principal impulsionador e veículo da liberdade e igualdade materiais'.

[...]

A plena liberdade sindical assume, aliás, posição fundamental na garantia dos direitos sociais. Num verdadeiro processo de catálise, ela modifica a velocidade das reações existentes nos vínculos de trabalho na medida em que assegura a ação de um sindicalismo forte e comprometido com a progressividade social.

[...]

Emergem da liberdade sindical claros deveres de promoção e de proteção não apenas para o Estado, mas também para os particulares – empregadores, associações patronais, os próprios trabalhadores e seus sindicatos e outros sujeitos que com estes mantenham algum vínculo. É em nome dela que se impõe aos empresários o dever de respeito à atividade e independência das associações de trabalhadores e o compromisso de oferecimento e manutenção de espaços para as reivindicações coletivas (MARTINEZ, Luciano. *Condutas*

antissindicais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115).

Ao reprimir a atuação do demandante como representante sindical e ao puni-lo por sua participação em greve, a acionada contrariou os valores que orientam a liberdade sindical e, em lugar de oferecer, retirou espaços para as reivindicações coletivas. Demonstrou-se, assim, que, de fato, a atuação sindical é, realmente, extremamente expositiva e, por isso, merecedora de proteção jurídica. Conforme ressaltado pelo mencionado autor:

“Aquele que aceita o múnus de dirigir uma entidade sindical e de representar uma categoria passa a ser o alvo visível dos estilhaços decorrentes dos conflitos entre trabalho e capital. Os representantes dos trabalhadores, em regra, são vistos como estorvos, verdadeiros obstáculos humanos ao regular desenvolvimento das atividades patronais e tanto mais assim são considerados quanto mais são aguerridos.

O Estado, portanto, consciente do conflito e da desconfortável posição assumida pelos dirigentes e representantes sindicais — que não atuam em nome próprio, mas em nome de todos os agregados com o nobre objetivo de promover a progressividade dos direitos sociais — assumiu a responsabilidade por sua proteção. A lei, então, ofereceu alguns ‘escudos’ para os mencionados representantes operários com o objetivo de blindá-los contra as incessantes tentativas de dissuasão egressas do poder econômico” (MARTINEZ, Luciano, obra citada, p. 288).

Por tudo quanto acima foi exposto, nego provimento.

MULTA DO ARTIGO 477, §8º, DA CLT

A reclamada alega que as verbas rescisórias foram pagas no prazo legal, o que autorizaria a reforma do acórdão regional, diante da violação ao artigo 477 da CLT que afirma haver existido.

Da análise do acórdão recorrido, constata-se que a Corte de origem não tratou sobre o tema em epígrafe. Assim, o apelo esbarra na ausência de prequestionamento (Súmula nº 297 deste Tribunal Superior).

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 04 de setembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator

do MANDADO DE SEGURANÇA N° 0002029-43-2012-5-05-0000 MS pelas razões a seguir expostas.

Está patenteado o cabimento do Mandado de Segurança, em abstrato, no caso em apreço, pois não há no sistema recursal trabalhista qualquer medida de impugnação imediata contra decisão que rejeita a produção de prova pericial médica essencial para o deslinde de lide envolvente de indenização por danos materiais e morais em face de "leucemia mielóide" supostamente contraída no local da prestação de serviços, conforme ressaltou a Desembargadora Relatora.

Não é razoável que o processo marche até o final para então, provido o recurso que eventualmente seja interposto contra a decisão de mérito, se anule o processo e se o faça retornar à fase na qual se encontra agora, a fim de se determinar a realização de nova perícia. A Constituição Federal estabelece, no seu artigo 5º, inciso LXXVIII, a duração razoável do processo como princípio a ser observado por todos, notadamente pelos Juízes.

Quanto ao óbice de que da decisão cabe recurso, peço vênia à desembargadora Relatora para disto dissentir, porque no processo trabalhista de cognição todas as decisões interlocutórias, em regra, podem ser impugnadas quando da interposição de recurso ao final cabível. Se partirmos da premissa de que o recurso ordinário seria obstáculo ao cabimento do mandado de segurança, estaríamos ao fim e ao cabo afirmando que no processo de cognição a ação mandamental não seria cabível.

A Relatora até mesmo anuncia que a decisão impetrada padece de ilegalidade. Contudo, não é necessário que a tanto se chegue, porque o que está em pauta é a delibação do mandado de segurança, o que demanda formação de juízo meramente abstrato acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação. Não é necessário que nos convençamos da ilegalidade da decisão atacada, pois esta é investigação inerente ao mérito da ação. Bastam à admissibilidade da medida a afirmação e a possibilidade de que tal decisão seja ilegal e que dela não caiba recurso que possa prontamente repor a marcha processual no trilho da legalidade. O fato do proceder condenado se inserir na margem de decisão do Juiz da causa não significa que só por isso esteja livre da mácula da ilegalidade. O juiz age com ilegalidade quando decide EM MOMENTO NO QUAL não podia decidir ou quando ele decide DE MODO que não lhe seja permitido, o que pode ser o caso.

Não devemos deixar sem advertência o fato de que estamos a tratar de um processo judicial que se iniciou em 2000 na Justiça comum, foi encaminhado à Justiça do Trabalho em 2002 e até hoje não tem sentença, de modo que o retardamento na entrega da devida prestação jurisdicional só contribuirá para que a parte suporte muito mais gravames do que já teve de suportar.

DÁ-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL PARA DETERMINAR O PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

Dispositivo

Acordam os Desembargadores da SUBSEÇÃO II DA SEDI do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em sua 1ª Sessão Ordinária, realizada no vigésimo segundo dia do mês de janeiro do ano de 2013, sob a Presidência da Excelentíssima Senhora Desembargadora do Trabalho LUÍZA LOMBA, e com a presença dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores do Trabalho **JÉFERSON MURICY, IVANA MAGALDI, MARIZETE MENEZES, NORBERTO FRERICHES, EDILTON MEIRELES e MARCOS GURGEL**, por maioria, **DAR PROVIMENTO ao agravo regimental para determinar o processamento do Mandado de Segurança**. Vencida a Ex.ma Sra. Desembargadora IVANA MAGALDI-Relatora, que negava provimento ao agravo. Ocupou a tribuna, pelo Agravante, o advogado Ary Cyrne. Designado Redator do Acórdão o Ex.mo Sr. Desembargador JÉFERSON MURICY.

Salvador, 02 de janeiro do ano de 2013

(assinado digitalmente)
JÉFERSON MURICY
 Desembargador Redator

Nenhum dos fundamentos merece prosperar, data *venia*.

Inicialmente, o acórdão mencionado pelo Ministério Público do Trabalho encontra-se devidamente encartado nos autos, como se colhe dos documentos ID 35619- pág 1/3, ID 35618 – pag 1/5 e ID 35617- Pág. 4.

Afora isso, o objeto da presente ação não se volta em face do mencionado Acórdão, muito menos discute seu conteúdo, até porque seria de tamanha impropriedade jurídica.

Busca a parte autora a cassação de decisão proferida após arrematação perfeita e acabada, que deferiu o pedido de revogação da posse da arrematante e determinou a reintegração de posse da antiga proprietária, executada na demanda principal.

Da simples leitura do Mandado de Segurança, não há qualquer fundamento voltado contra a decisão que reconheceu a nulidade processual, ab initio. Todos os argumentos jurídicos expõem o inconformismo em face de ato praticado posteriormente, por arrematante de boa-fé.

Não há espaço, pois, para incidência do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009.

Daí porque conheço do Mandamus.

MÉRITO

Narra a Impetrante que em meados de 2001, Elpídio Benigno da Silveira Neto ajuizou reclamatória em face de Catolé Veículos Ltda., partes litisconsortes no presente mandamus, ação tombada sob o nº 0025400-02.2001.5.05.0621 RTOrd, que tramita na Vara do Trabalho de Itapetinga, juízo impetrado.

Relata que a parte reclamada na sobredita demanda foi devidamente citada, mas não apresentou contestação, o que culminou com sua revelia e consequente condenação ao pagamento das verbas trabalhistas vindicadas. Aduz que, iniciada a execução, foi a reclamada/executada citada para apresentar bens à penhora, o que fez mansamente, sem alegar na ocasião qualquer nulidade de citação ou de qualquer outra natureza.

Descreve que, após nomeação do imóvel à penhora, referido bem foi arrematado pela impetrante, que tomou posse de forma regular e lícita do imóvel, nele se estabelecendo, a fim de realizar suas atividades sociais.

Afirma que a executada apresentou embargos à arrematação, alegando não ter sido comunicada da praça realizada, os quais foram julgados improcedentes, ensejando a interposição de agravo de petição com fundamento na mesma matéria. Um dia após o julgamento do aludido agravo, a executada/agravante apresentou uma petição através de fac-símile, firmada por procuradores recém-constituídos, alegando matéria totalmente alheia às razões recursais, a nulidade da citação.

Alega que a matéria foi acolhida, tendo este Egrégio Tribunal declarado, em total afronta ao disposto no art. 795 da CLT, a nulidade dos atos praticados após a citação, inclusive a arrematação do imóvel pela ora impetrante.

Informa que, diante disso, a executada/expropriada ingressou com um pedido de reintegração de posse, pedido este que fora deferido, estando na iminência de ser cumprido.

Em face desta decisão se insurge a impetrante por intermédio do presente remédio constitucional, a fim de resguardar suposto direito líquido e certo que reputa violado.

Pede, então, a concessão de liminar, a fim de suspender os efeitos da reintegração de posse deferida, determinando-se, inclusive, o recolhimento do mandado expedido até julgamento do presente mandamus.

Examino.

Ao analisar o pleito liminar, proferi a seguinte decisão monocrática:

"...Analisando a prova pré-constituída acostada com a inicial, nota-se que foi reconhecida por este Egrégio Tribunal, a nulidade ab initio da reclamação trabalhista nº 0025400-02.2001.5.05.0621, ao fundamento de que a parte reclamada, Catolé Veículos Ltda., foi citada por intermédio de um ex-empregado, com interesse na causa, pois também litigante em outro processo, o que equivaleu à inexistência de citação, ou seja, foi a reclamada tolhida no seu direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da CF/88).

Nota-se, pois, que a impetrante está a vindicar direito real que alega ter adquirido nos autos da reclamação trabalhista nº 0025400-02.2001.5.05.0621, por ter arrematado bem imóvel em hasta pública, fruto de uma execução cuja nulidade foi decretada em consequência da decretação de nulidade de todo o processo de cognição.

Não cabe em Mandado de Segurança discutir o acerto, ou não, da decisão que decretou a referida nulidade. O que se discute no presente feito é a legalidade, ou não, do ato do juiz de primeiro grau que deferiu a reintegração da empresa reclamada, anteriormente executada, na posse do bem imóvel.

Pois bem. Dispõe o art. 694, caput, e § 1º, I do CPC:

"Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:

I - por vício de nulidade;"

Da exegese do dispositivo legal mencionado, extrai-se a conclusão de que a arrematação considera-se ato processual perfeito, acabado e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. Pode, no entanto, ser tornada sem efeito por vício de nulidade.

Nesse sentido, festejada doutrina:

"...Com a assinatura do auto de arrematação, considera-se perfeito e irretratável o ato, que não poderá desfazer-se nem mesmo se acolhida a impugnação (art. 694 do CPC). A norma do art. 694 visa proteger o arrematante, considerado terceiro de boa-fé. Além disto, se o arrematante pudesse perder o bem arrematado diante da procedência da impugnação, certamente ninguém mais adquiriria bem em hasta pública enquanto não definida a impugnação, o que eliminaria a celeridade que se pretendeu outorgar à execução com a previsão da não-suspensividade, como regra, da impugnação...

Conquanto a arrematação não se desfaça no caso de procedência da impugnação, há situações que impõem a sua insubsistência. Como diz o art. 694, § 1º, do CPC, a arrematação poderá se tornar sem efeito: "I- por vício de nulidade; II- se não for pago o preço ou se não for prestada caução; III - quando arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º); V- quando realizada por preço vil (art. 692); VI-nos casos previstos neste código (art. 698). Os casos descritos não formam elenco uniforme de vícios. Ao contrário, reúnem situações de nulidade da arrematação, anulabilidade, de arrependimento e de sua não conclusão. Os incisos I e V, por exemplo, constituem situações gerais de nulidade, referidas a vícios formais de arrematação (falta de intimação, não publicação de editais, venda de coisa Inalienável etc.)..." (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Curso de Processo Civil V. 3. Execução. Editora Revista dos Tribunais. 2007, págs. 324 e 325).

Registre-se, contudo, que o vício de nulidade capaz de desconstituir a arrematação já aperfeiçoada é aquele constatado nos atos de execução, ou seja, falta de intimação, não publicação de editais, venda de coisa Inalienável etc... Significa dizer que o vício de nulidade verificado no processo de conhecimento, que eventualmente fulmine o título executivo que o encerra, não tem o condão de nulificar atos executórios e aperfeiçoados pela expedição do

Auto e Carta de Arrematação, sobretudo pela natureza autônoma da execução no processo trabalhista. Neste caso a situação resolve-se em perdas e danos para a parte prejudicada, no caso dos autos a empresa Reclamada, e não para o Arrematante de boa fé.

É cediço, inclusive, que, após expedida a respectiva carta de arrematação, somente é possível sua desconstituição, por meio de ação autônoma, uma vez que tais atos não ocorreram nem dependeram da sentença nulificada.

Neste mesmo sentido, vaticina Manoel Antonio Teixeira Filho:

“...Qual, entretanto, a natureza jurídica da carta de arrematação que sucede ao auto?

Sentença não é, seja pela forma ou pelo conteúdo, seja porque, necessariamente, não põe fim ao processo de execução (CPC, art. 162, §1º): nada obstante a assinatura da carta, a execução poderá prosseguir, sempre que o produto da expropriação não for suficiente para saldar a dívida (CPC, art. 667, II). Logo, a carta em exame, assim como o despacho judicial que ordena a sua expedição, não enseja a interposição de nenhum recurso, nem o ajuizamento de ação rescisória. A dissolução do ato (carta de arrematação) apenas será viável por meio de ação anulatória, com fundamento no art. 486 do CPC, uma vez que a sua existência, nos autos, não decorreu (nem dependeu) de sentença...” destaques acrescidos. 1

Dito isto, tenho que a arrematação ultimada na reclamação trabalhista originária revela-se, de fato, legítima e regular, porquanto se desenvolveu sem que fosse verificado qualquer vício de nulidade, tanto é que os embargos à arrematação foram julgados improcedentes. Assim sendo, o ato expropriatório que conferiu o bem imóvel à impetrante, bem como os efeitos dele decorrentes, devem ser integralmente mantidos.

Com efeito, a nulidade da citação decretada naquela demanda não afeta, em absoluto, a arrematação efetivada pela impetrante, justamente por se tratar de ato executório perfeito, acabado e irretratável, não passível de ser atingido, nem mesmo, por eventual nulidade apurada na fase de cognição.

Demais disso, sendo legítima a arrematação, efetivamente produziu efeitos na esfera jurídica da impetrante, porquanto esta, legítima detentora do imóvel, realizou grandes benfeitorias no imóvel, tendo despendido vultosos valores para tanto, o que se verifica das notas fiscais acostadas.

Dispõe o Art. 1.219 do Código Civil que:

O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

De clareza solar que a impetrante possui direito líquido e certo à retenção do imóvel, ante as benfeitorias neles realizadas e à boa-fé que imbuiu todo o seu proceder, podendo esta retenção perdurar até que se ultime o pagamento de todo o valor que empregou no bem.

Nesse sentido, abalizada jurisprudência:

ACESSÃO. Construções. Posse de boa-fé. Retenção. O possuidor de boa-fé tem direito à retenção do bem enquanto não indenizado pelas construções (acessões) erguidas sobre o imóvel. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

(REsp 430.810/MS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 226)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. ACESSÕES. DIREITO DE RETENÇÃO. POSSIBILIDADE RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível a retenção do imóvel, pelo possuidor de boa-fé, até que seja indenizado pelas acessões nele realizadas. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 805.522/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 351)

Não bastasse isso, a ordem imediata de reintegração na posse expedida em favor da executada nos autos da demanda originária ofende a redação do art. 924, do CPC, que

privilegia o detentor da posse velha, vale dizer superior a ano e dia, tal qual no presente caso concreto, garantindo-lhe a observância do rito ordinário da demanda possessória e não mais o procedimento sumário.

Pelo exposto, conclui-se que o ato judicial que determinou a reintegração do bem à antiga proprietária, é flagrantemente ilegal.

Das razões de decidir adotadas, emerge a fumaça do bom direito da impetrante, porquanto está na iminência de perder a posse de bem imóvel legitimamente adquirido, em virtude de ato judicial ilegal. Por outro lado, é evidente o prejuízo que terá que amargar a impetrante, acaso se concretize o ato de expropriação determinado pelo juízo coator, emergindo daí o periculum in mora necessário à concessão da liminar pleiteada.

Ante o exposto, CONCEDO A LIMINAR pleiteada, a fim de cassar a decisão que determinou a expedição de mandado reintegração de posse, e, em caso deste já ter sido expedido, determino seu imediato recolhimento, até que se ultime o julgamento do presente mandamus.”

A autoridade apontada como coatora, ao prestar informações (Documento N. 44018), não trouxe elementos novos ao deslinde da controvérsia.

Destarte, não havendo nos autos qualquer fato ou prova apta a modificar a decisão anteriormente exarada, a ratifico integralmente.

Isto posto, acordam os Desembargadores da SUBSEÇÃO II DA SEDI do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar de extinção da ação sem exame do mérito e, no mérito, julgar PROCEDENTE A AÇÃO, confirmando a liminar deferida. Sendo o ato impugnado do Juízo, fixar as custas em R\$ 20,00 (vinte reais), calculadas sobre R\$1.000,00 (mil reais), valor este atribuído à causa na inicial, isenta a União do seu pagamento, na forma da Lei.//

propositura dos embargos de terceiro (que não informa a existência de arrematação), sendo certo que a arrematante sequer compôs o polo passivo da ação de terceiros, sendo-lhe tolhido, desta forma, o direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente garantido.

Pois bem. Os embargos de terceiro foram movidos por Adilza Raimunda Bonfim Poceiro, ex-esposa de Antônio Garrido Teixeira Poceiro, executado nos autos do processo n. 00269-2007-001-05-00-ORT, em que figura como exequente Adenilson Santos de Alcântara, e no qual foram penhoradas as embarcações Cavalo Marinho I, Cavalo Marinho II e Cavalo Marinho III.

Em que pesem as alegações da terceira embargante no sentido de ser legítima proprietária dos bens penhorados, em defesa de sua meação, uma vez que fora casada em regime de comunhão universal de bens com o executado Antônio Garrido Teixeira Poceiro, asseverando, ainda, que o trabalho prestado pelo exequente não teria se revertido em proveito da sociedade conjugal, o fato é que se iniciaram os atos de expropriação dos bens penhorados no processo de execução, tendo em vista que os bens em questão foram levados a leilão judicial, sendo possível verificar que a embarcação denominada Cavalo Marinho III foi arrematada por R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) pela agravante Cleide Costa dos Santos Galvão, conforme comprova o Auto de Leilão Positivo de fl. 184.

Diante disso, não poderia a arrematante ser surpreendida pela declaração de insubsistência da penhora, sofrendo os efeitos da sentença, sem sequer ter sido chamada a se defender nos embargos de terceiro.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MANDADO DE IMISSÃO DE POSSE. TEMPESTIVIDADE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NULIDADE DO PROCESSO. EMBARGOS DE TERCEIRO. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE.

1. O prazo para a oposição de embargos de terceiro flui da data da turbação e não da arrematação do imóvel se o terceiro possuidor não foi intimado da execução.
2. Na ação de embargos de terceiro ajuizada após a alienação judicial, o arrematante do bem deve ser citado na qualidade de litisconsorte passivo necessário. Hipótese em que a lide reclama decisão uniforme para o embargante, o embargado e o arrematante. Art. 47 do C.P.C. Processo anulado. Precedentes do STJ.

Sentença desconstituída, de ofício, por ato do Relator. Recurso prejudicado.

Art. 557 do Código de Processo Civil.

(Apelação Cível N° 70021944137, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 31/10/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ARREMATANTE, CREDOR E EXECUTADOS. ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NULIDADE. RECURSO PREJUDICADO.

1. Embargos de terceiro opostos por marido de fiadora, para defender a impenhorabilidade do bem de família, em face do credor.
2. Para a validade do processo e eficácia da sentença é indispensável a citação de todos os litisconsortes, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.
3. Os embargos de terceiro opostos após a arrematação demandam a citação não apenas do credor e dos executados, como também do arrematante, cuja esfera jurídica pode, potencialmente, ser afetada pela decisão dos embargos.
4. Recurso prejudicado.
5. Anulação, ex officio, do processo.

(Processo: APL 30486520108190210 RJ 0003048-65.2010.8.19.0210. Relator(a): DES.

ELTON LEME. Julgamento: 08/02/2012. Órgão Julgador: DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CIVEL.
Publicação: 24/02/2012)

A correta exegese do art. 47 do Código de Processo Civil exige que o arrematante de bem penhorado seja chamado a se defender não apenas quando houver embargos à arrematação, mas também, em casos como o que se apresenta, nos embargos de terceiro, uma vez que a sentença, ao decidir pela manutenção ou desconstituição da penhora, indubitavelmente atinge a esfera jurídica de interesse da arrematante.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo de petição interposto por Cleide Costa dos Santos Galvão, para anular os embargos de terceiro ab initio, determinando a inclusão da referida arrematante no polo passivo da ação, devendo os autos retornarem à MM Vara de origem. Prejudicada a análise do agravo de petição do exequente.

ISTO POSTO, acordam os Desembargadores da 4^a. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5^a Região, por maioria, **DAR PROVIMENTO** ao agravo de petição interposto por Cleide Costa dos Santos Galvão, para anular os embargos de terceiro ab initio, determinando a inclusão da referida arrematante no polo passivo da ação, devendo os autos retornarem à MM Vara de origem. Prejudicada a análise do agravo de petição do exequente. Vencida a Exma. Desembargadora Relatora, que negava provimento aos agravos interpostos. Vencida, ainda, a Exma. Desembargadora Ana Lúcia Bezerra, que dava provimento ao recurso do reclamante para manter a constrição realizada, devendo do produto da alienação ser reservada a quantia correspondente a 50% do valor da venda.//

vínculo empregatício com a reclamada.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 356-368 (numeração eletrônica), que foi admitido pelo despacho de fls. 386-387 (numeração eletrônica).

Contrarrazões apresentadas às fls. 392-410 (numeração eletrônica).

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

O recurso de revista está subscrito por advogada habilitada (fl. 26 - numeração eletrônica).

CONHECIMENTO

1.1 PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES

Argui a reclamante, em contrarrazões (fls. 396-398 - numeração eletrônica), preliminar de não conhecimento do recurso de revista por intempestividade.

Aduz que a certidão de recebimento, publicação e remessa (fl. 354 - numeração eletrônica) certifica que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25/04/2011, sendo o dia 26/04/2011 considerado data de publicação para efeito de contagem de prazo processual, nos termos do artigo 4º, parágrafo 3º, da Lei nº 11.419/2006 e do artigo 6º, parágrafo único, do Ato Conjunto CSJT. TST.GP nº 15/2008.

Nesse sentido, ressalta a intempestividade, uma vez que o prazo para interpor o recurso de revista pela reclamada expirou em 03/05/2011 e ela somente protocolou o seu recurso em 04/05/2011 (fls. 356 - numeração eletrônica).

Ao exame.

Consoante diretriz traçada no § 3º do art. 4º da Lei nº 11.419, de 19/12/2006, é considerado data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

Na hipótese, o acórdão do Tribunal Regional foi divulgado no dia 25/4/2011 (segunda-feira) e considerado publicado em 26/4/2011 (terça-feira - fl. 354 - numeração eletrônica). Logo o prazo legal de 8 dias iniciou-se em 27/4/2011 (quarta-feira), primeiro dia útil posterior à data de publicação, e teve como término o dia 4/5/2011 (quarta-feira), dia da interposição do recurso de revista pela reclamada, conforme protocolo nº 26317 (fl. 356 - numeração eletrônica).

Assim, não há que se falar em intempestividade, porque interposto dentro do prazo legal.

REJEITO.

1.2 PRELIMINAR DE DESERÇÃO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES

Argui a reclamante, em contrarrazões (fls. 398-400 - numeração eletrônica), preliminar de não conhecimento do recurso de revista por deserção.

Ao exame.

A r. sentença fixou o valor da condenação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais - fl. 241 - numeração eletrônica);

e custas, em R\$ 200,00 (duzentos reais).

A reclamada recolheu, a título de custas e depósito recursal para o recurso ordinário, os valores R\$ 200,00 (fl. 282 - numeração eletrônica) e R\$ 5.889,50 (fl. 284 - numeração eletrônica), respectivamente.

O Tribunal Regional não alterou o valor da condenação (fl. 353 - numeração eletrônica).

Por conseguinte, ao interpor o recurso de revista, a reclamada comprovou o depósito de R\$ 11.243,81 (fl. 376 - numeração eletrônica), atingindo em muito o valor da condenação.

Logo, não há que se falar em deserção.

REJEITO.

1.3 VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA - AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE

O e. Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamante para declarar a existência de vínculo empregatício com a reclamada.

Eis os termos do v. acórdão do regional:

"VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Entendeu o MM. Juízo do primeiro grau que o conjunto probatório autoriza a conclusão de que a autora era diarista e não empregada doméstica, não reconhecendo, portanto, o vínculo de emprego perseguido na peça de ingresso, no período compreendido entre 1º / março/1981 e 17/julho/2008. A sentença consignou, ainda, que a não-eventualidade, que se vincula com o serviço que se insere nos fins normais da atividade da empresa (CLT, art. 3º), não se confunde com a continuidade a que alude o artigo 1º da Lei n. 5.859/72, que pressupõe a ausência de interrupção (fls. 24/27).

Contra tal decisão, insurge-se a autora, argumentando, em síntese, que a ré admitiu a prestação de serviços, duas vezes por semana, em sua residência, e que o fato de haver trabalhado para outras pessoas não altera a relação empregatícia. Invoca a declaração que acompanha a inicial, por meio da qual a ré admite que a autora é sua auxiliar doméstica há 23 anos.

A autora relatou, na inicial, que foi admitida pela ré em 1º/março/1981, para exercer a função de empregada doméstica, mediante labor três vezes por semana, sem que houvesse o registro em CTPS, e imotivadamente dispensada em 17/julho/2008, percebendo como última remuneração R\$ 660,00 (fl. 3).

Em contraposição, a ré alega que contratou a autora, em 1º /julho/1981, mediante os serviços de 'diarista', três vezes por semana, permanecendo nesta condição até julho/1991, ocasião em que a autora deixou de trabalhar, não somente para a ré, mas para outras residências em que exercia a mesma função. Prossegue, alegando que a reclamante retornou ao trabalho em 1996, que foi recontratada, na mesma função, para laborar duas vezes por semana, 'sendo que em algumas vezes por uma ou três vezes por semana, restando desde já claro e provado da contratação de média de dois dias semanais'. Alega que não haveria vinculação empregatícia, uma vez que a autora seria diarista, e não doméstica. Quanto à remuneração, alega que a autora recebia R\$ 55,00 por dia, acrescido de vale transporte (fl. 16).

Acompanhou a inicial declaração da ré, firmada em 1º/outubro/2004, no sentido de que a autora 'TRABALHA COMO AUXILIAR DOMÉSTICA, à 23 anos (sic), em minha residência e RECEBE mensalmente o valor de R\$ 1000,00 (Hum mil reais)' (fl. 8).

Em depoimento, a autora relatou que:

'trabalhou na casa da ré de 1º/03/1981 até julho de 2008, quando foi dispensada; 02) que sempre trabalhou três dias por semana; 03) que parou de trabalhar em 13/12/1991 devido ao nascimento de sua filha mais nova, retornando em 1993; 04) que trabalhava nas terças e quintas para a sogra da ré, Srª . Elcir e aos sábados para a Srª Norma, cunhada da reclamada; 05) que trabalhou para as Srª Elcir e Norma, da mesma forma e períodos acima declarados; 06) que não sabe desde quando não trabalha mais para a Srª Norma; 07) que continua prestando serviços para a Srª Elcir; 08) que trabalhou para a Srª Joseane, na mesma época; 09) que trabalhou para a Srª Joseane quando a mesma precisava, segundo requerimento da Srª Elcir; 10) que não trabalhou para a Srª Rita; 11) que quando prestava serviços para a ré não havia empregada doméstica; 12) que conhece a Srª Héliida; 13) que há oito anos a Srª Héliida é empregada doméstica da ré; 14) que recebia toda sexta-feira; 15) que a última diária foi paga no valor de R\$ 55,00; 16) que sempre trabalhou três dias na casa da ré; 17) que a ré não pagava 13º salário, sendo certo que às vezes pagou uma gratificação' (em destaque - fl. 21).

A reclamada, por sua vez, relatou que:

'a autora começou a trabalhar para ré desde 07/07/1981; 02) que a autora trabalhava uma vez por semana; 03) que no mesmo período a autora chegou a trabalhar para a sogra e duas cunhadas, uma prima da ré; 04) que a depoente poderia trabalhar até duas vezes por semana, dependendo de algum fator, como por exemplo, uma festa; 05) que no final de 1991, a autora parou de prestar serviços diante do nascimento de sua filha; 06) que voltou a trabalhar após quatro anos do nascimento, aproximadamente, ficando até ano de 2008, por motivos econômicos; 07) que a ré sempre teve empregada doméstica mensalista; 08) que a autora recebia por dia R\$ 55,00 mais o ônibus; que o acerto era feito diariamente' (em destaque - fls. 21/22).

A testemunha Ellen Marisa de Araújo, indicada pela autora, nada esclareceu sobre os fatos controvertidos.

A segunda testemunha obreira, Maria Regina Pereira da Silva, afirmou que:

'não trabalhou e nem prestou serviços na residência da ré; 02) que trabalhou durante quatro anos no prédio como auxiliar de limpeza onde a ré tinha o seu apartamento, de 2003 a 2007; 03) que durante o período declinado, ou seja, de 2003 a 2007, via a autora prestando serviços na casa da ré às segundas, quarta e sextas-feiras' (fls. 22).

A informante da reclamada, Norma Kruk Formaggio, narrou que:

'casou em 1982 e a autora foi indicada para trabalhar em sua residência pela ré; 03) que a autora trabalhou para a depoente no período de 1982 a 1991/1992, aproximadamente; 04) que a autora voltou após quatro anos, aproximadamente, trabalhando até 2000; 05) que na residência da depoente a autora trabalhava uma vez por semana, nas quartas-feiras; 06) que a autora também trabalhava, além da residência da depoente, na casa da ré, da Srª Elcir, Srª Rita e Srª Joseane; 07) que a autora ia duas vezes trabalhar na casa da ré' (fl. 22).

Por fim, a primeira testemunha da reclamada, Júlio César Gonçalves Cordeiro, esclareceu que:

'que é funcionária da empresa da ré desde 1988; 02) que a Srª Héliida é empregada doméstica da reclamada há 10 anos, aproximadamente; 03) que tem conhecimento de tal fato, pois foi o próprio depoente que fez o registro na CTPS da Srª Héliida; 04) que analisando os documentos de fls. 08, informa que não se recorda com precisão se confeccionou o mesmo, esclarecendo que a época a autora solicitou declaração para fins comerciais; 05) que a residência da ré não havia sido assaltada, mas sim a da autora; 06) que a finalidade da declaração era com o objetivo do item 05 (sic)' (fl. 23).

Pois bem. O vínculo de emprego com a diarista comporta várias interpretações da doutrina e da jurisprudência, mas esta E. Segunda Turma, em casos similares aos destes autos, posiciona-se pelo reconhecimento de vínculo da 'diarista', desde que fique robustamente provado o caráter de continuidade na prestação de serviço, e com isso, a subordinação e onerosidade.

Como mencionado, a reclamada reconheceu a prestação de serviços da reclamante duas vezes por semana, em média. Desincumbiu-se a autora, contudo, de comprovar frequência superior, pois a segunda testemunha ouvida a seu convite asseverou que a autora laborava para a ré às segundas, quartas e sextas-feiras, conforme acima transcrito.

No cenário que ora se apresenta, não se pode nominar de eventual o trabalho prestado três vezes por semana, para o mesmo empregador, durante um lapso de tempo superior a quinze anos.

Diz-se eventual o trabalho, conforme ensinamentos de JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES, 'demandado anormalmente, não dizendo com as necessidades e os fins da empresa' ('Contrato de Trabalho Doméstico e Trabalho a Domicílio', Editora Juruá, 1995, p. 71/72).

O requisito continuidade não se confunde com labor ininterrupto, pois está vinculado à habitualidade da prestação de serviços. Ainda que a autora laborasse somente em dois dias por semana, não estaria afastada a natureza contínua do trabalho, bastando a certeza de que, nos dias combinados, a autora prestaria os serviços ajustados. Assim, entende-se por continuidade a prestação de serviços de forma reiterada durante um prazo determinado de tempo. O serviço prestado pela 'diarista', por longo período, como na espécie, na execução de tarefas de limpeza, demonstra claramente a continuidade do trabalho.

Assim também já me posicionei em caso semelhante:

'CONTINUIDADE - O reconhecimento de vínculo de emprego da diarista é perfeitamente possível, desde que fique robustamente provado o caráter de continuidade na prestação de serviço, e com isso, a subordinação e onerosidade. Entende-se por continuidade a prestação de serviços de forma reiterada durante um longo período de tempo, como no caso de prestação de serviços em um dia da semana por mais de dois anos ao mesmo empregador' (TRT 9ª R. - RO 07893-2000 - (17308-2001) - 4ª T. - Relª Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão - J. 16.05.2001).

Sob esta óptica, é irrelevante que a reclamante pudesse ter prestado serviços para outro empregador, vez que o ordenamento jurídico não veda a manutenção de mais de um contrato de trabalho, simultaneamente, desde que haja compatibilidade de horário. Frise-se que a exclusividade não é pressuposto do vínculo empregatício.

Existente também a onerosidade nos serviços prestados, eis que a reclamada reconhece que remunerava a autora por dia trabalhado.

A subordinação resta evidenciada pela obrigação que a autora possuía em realizar os serviços domésticos que a reclamada determinava. Não existe prova de que a reclamante possuísse autonomia na realização dos serviços. Aliás, na realização de serviços domésticos a subordinação constitui-se em elemento essencial do próprio labor, sendo a regra, somente sendo afastada com prova em contrário, o que não ocorre no caso vertente.

Diante de tais fatos, verificam-se configurados os requisitos ensejadores da relação de emprego, estando a autora enquadrada no disposto na Lei 5.859/72, eis que presente a prestação de serviços pessoal, com continuidade, subordinação e mediante salário.

Neste sentido, os seguintes julgados:

'DIARISTA. RELAÇÃO DE EMPREGO - A simples denominação 'diarista' não é elemento

essencial para a descaracterização da relação empregatícia. Presentes os requisitos legais definidores do empregado (CLT, art. 3º.), o vínculo de emprego resta configurado TRT-PR-RO 2.139/90 - Ac.3ª T 2.850/91 - Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha - DJPr. 10/05/91.

DOMÉSTICA. RELAÇÃO DE EMPREGO. DIARISTA. Ainda que preste serviço em apenas alguns dias por semana, a 'diarista' possui vínculo empregatício, pois estão presentes os requisitos da pessoalidade, da subordinação jurídica, do trabalho no interesse do empregador e do salário. Enquadra-se como doméstica. TRT-PR- RO 1.998/90 - Ac.3ª T 3.121/91 - Rel. Juiz Ricardo Sampaio - DJPr. 24/05/91.

Neste contexto, imperiosa a declaração do vínculo empregatício entre as partes.

No que tange ao período contratual, embora a inicial noticie um único contrato de trabalho (início em 1º/março/1981 e encerramento em 17/julho/2008), assim também sinalizado pelo documento de fl. 8, já mencionado, entendo que houve, entre as partes, dois contratos de trabalho distintos, conforme admitido pela autora, em depoimento, e corroborado pela prova oral.

Diante deste quadro probatório, declaro que a existência de vínculo empregatício entre a autora e a reclamada, mediante dois contratos de trabalho: o primeiro, entre 1º/março/1981 e 13/dezembro/1991 e o segundo, entre 1º/dezembro/1993 (a autora afirmou que, por ocasião do nascimento de sua última filha, retornou em 1993, não esclarecendo em qual mês seria) e 17/julho/2008.

Relativamente às parcelas decorrentes da relação de emprego, não se afigura oportuna a análise, de imediato, competindo ao MM. Juízo de primeira instância a avaliação e pronunciamento a respeito, com o que resguardado ficará também aqui o acesso ao duplo grau de jurisdição, cujo apreço, consagrado no artigo 515 do CPC, enseja a determinação de retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para apreciação do pleito, como entender de direito, sob pena, ainda, de supressão de instância. Reforma-se." (fls. 105-111 - numeração eletrônica)

A reclamada sustenta que a Corte Regional interpreta, de forma equivocada e extensiva, o art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas e ainda o art. 1º da Lei 5.859/72, estabelecendo que os requisitos principais para configurar vínculo empregatício é a não eventualidade e a continuidade.

Aduz que ficou devidamente comprovado nos autos que a reclamante trabalhava como diarista diante da falta de subordinação, da eventualidade e da continuidade, estando prejudicado o vínculo empregatício, em presença do fato da prestação de serviço de modo intermitente e eventual.

Ressalta entendimento do Tribunal Superior do Trabalho de que diarista que trabalha três vezes na semana na mesma residência, por si só, não caracteriza vínculo de emprego, pois trata-se de serviço autônomo, e não de empregado doméstico.

Aponta violação dos artigos 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e 1º da Lei 5.859/72 e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional é de que a reclamante prestava serviços à reclamada em frequência que variava entre duas e três vezes por semana, razão pela qual reconheceu o vínculo de emprego, ao fundamento de que caracterizada a não eventualidade.

Efetivamente:

"No cenário que ora se apresenta, não se pode nominar de eventual o trabalho prestado três vezes por semana, para o mesmo empregador, durante um lapso de tempo superior a quinze anos." (fl. 108 - numeração eletrônica)

“O requisito continuidade não se confunde com labor ininterrupto, pois está vinculado à habitualidade da prestação de serviços. Ainda que a autora laborasse somente em dois dias por semana, não estaria afastada a natureza contínua do trabalho, bastando a certeza de que, nos dias combinados, a autora prestaria os serviços ajustados. Assim, entende-se por continuidade a prestação de serviços de forma reiterada durante um prazo determinado de tempo. O serviço prestado pela ‘diarista’, por longo período, como na espécie, na execução de tarefas de limpeza, demonstra claramente a continuidade do trabalho.” (fl. 109 - numeração eletrônica)

Entretanto, a tese adotada pela Corte Regional merece ser reformada.

Isso porque, nos termos do citado artigo 1º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, o elemento continuidade é essencial ao reconhecimento do contrato de trabalho doméstico, não se confundindo com a não eventualidade ou habitualidade, prevista no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, para efeito da configuração do vínculo de emprego do trabalhador comum.

A continuidade pressupõe ausência de interrupção. Para a não eventualidade ou habitualidade. Basta que o fato seja usual, frequente e, assim, coadunando-se com a interrupção.

A natureza do trabalho doméstico é habitual e diária, porquanto os afazeres do lar são ininterruptos. Sob tal ângulo, não se pode admitir que o trabalho prestado em apenas dois ou três dias na semana possa ser considerado contínuo, nos termos do dispositivo de lei já citado.

Emerge, ainda, dos depoimentos testemunhais colacionados no acórdão regional que a reclamante trabalhava no restante da semana para a sogra da reclamada (dois dias - terças e quintas) e aos sábados para a cunhada; e que a reclamada contava com empregada doméstica devidamente registrada em grande parte do período em que a reclamante busca o vínculo.

Conforme denunciado pela própria reclamante, encontra-se ausente à hipótese em exame requisito fundamental estampado na Lei 5859/72, notadamente o elemento continuidade.

O fato de a autora laborar para a reclamada apenas até três dias, e para a sogra e cunhada, outros dias demonstra a descontinuidade da prestação do serviço.

O denominado trabalhador diarista, a bem da verdade, presta seus serviços a diversos tomadores, descaracterizando, desse modo, o elemento “continuidade”, implicando, portanto, na impossibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício com cada um dos tomadores do serviço. Qualquer outra interpretação das normas legais aplicáveis ao obreiro diarista é teratológica.

Aliás, a jurisprudência da Corte é firme no entendimento de que a realização de trabalho durante alguns dias da semana não caracteriza o vínculo de emprego, ante a falta da continuidade do serviço estabelecida no art. 1º da Lei 5.859/72, na hipótese do trabalho doméstico, ou da não eventualidade de que trata o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, temos que o trabalho prestado três vezes por semana não atende ao requisito de continuidade que a legislação exige.

Precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. 1.PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Expostos os fundamentos que conduziram ao convencimento do órgão julgador, com análise da matéria trazida à sua apreciação, consubstanciada está a efetiva prestação jurisdicional. Recurso de revista não conhecido, no aspecto.- 2. DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE. Para a caracterização do empregado, regido pela CLT, exige-se a prestação de serviços -de natureza não eventual- (CLT, art. 3º): embora o trabalhador venha a não laborar por todos os dias da semana, sua condição não estará desnaturada quando as atividades de seu empregador

admitirem tal comportamento e assim se houver pactuado. Já a Lei nº 5.859/72 exige que o empregado doméstico preste serviços de 'natureza contínua', no âmbito residencial da família, o que equivale a, em princípio, trabalho em todos os dias da semana, com ressalva do descanso semanal remunerado (Constituição Federal, art. 7º, inciso XV e parágrafo único). Não se pode menosprezar a diferença do tratamento dado pelo legislador a cada qual. São situações distintas, em que os serviços do trabalhador doméstico corresponderão às necessidades permanentes da família e do bom funcionamento da residência. As atividades desenvolvidas em alguns dias da semana, com vinculação a outras residências, apontam para a definição do trabalhador autônomo, identificado como diarista. Os autos não revelam a intenção das partes de celebrar contrato de trabalho doméstico, para prestação de serviços de forma descontínua, o que, embora possível, não se pode presumir, diante da expressa dicção legal e da interpretação que se lhe deve dar. O aplicador do direito não pode, sem respaldo na Lei, transfigurar relacionamento jurídico eleito pelas partes, dando-lhe, quando já produzidos todos os efeitos esperados, diversa roupagem. Haveria, aí, o risco inaceitável de se provocar instabilidade social e jurídica. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 344-46.2011.5.03.0079, Redator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/09/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/11/2012)

"RECURSO DE EMBARGOS (ART. 894, INC. II, DA CLT). FAXINEIRA. VÍNCULO DE EMPREGO. DOMÉSTICA. CONTINUIDADE. O requisito da continuidade não se confunde com a não-eventualidade disposta no art. 3º da CLT. O serviço prestado, embora tenha perdurado no tempo, não tem os contornos típicos daquele previsto no art. 1º da Lei 5.859/72. A continuidade é mais consistente que a não-eventualidade, de ocorrência mais vezes por semana. A hipótese de que um dia trabalhado em sete dias corridos na semana, e ainda, somente porque perdurou durante longos anos, não alcança a finalidade contínua prevista no art. 1º da Lei 5.859/72. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento." (ED-RR - 1875600-92.2003.5.09.0002, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 20/11/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/02/2009)

"VÍNCULO EMPREGATÍCIO - DIARISTA - ART. 1º DA LEI 5.859/72 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA - EMPREGADA DOMÉSTICA - NÃO CARACTERIZAÇÃO. A jurisprudência desta Corte tem caminhado no sentido de não reconhecer o vínculo de emprego doméstico entre o tomador dos serviços e a diarista que labora em sua residência apenas dois ou três dias na semana, ativando-se também em outras residências ante o não preenchimento do requisito da continuidade, previsto no art. 1º da Lei 5.859/72. Na hipótese, a Reclamante laborava apenas três dias da semana para a Reclamada e prestava serviços em outras residências durante o mesmo período em que laborou para a ora Recorrida. Assim, ao não reconhecer o vínculo de emprego doméstico, o Regional decidiu a matéria em consonância com a jurisprudência desta Corte, sendo certo que, para se chegar a conclusão em sentido contrário seria necessário o reexame do conjunto probatório dos autos, pois sequer foram reconhecidos expressamente pelo Regional os demais elementos configuradores do vínculo empregatício, o que encontra óbice na Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido." (RR - 59300-54.2007.5.03.0060, Redator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 03/10/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 19/10/2012)

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADO DOMÉSTICO. CONTINUIDADE. Constatada a possível violação do artigo 1º da Lei n.º 5.859/72, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento. II - RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADO DOMÉSTICO. CONTINUIDADE. A jurisprudência do TST adota entendimento no sentido de o trabalho realizado pela diarista por dois ou três dias da semana não preenche o requisito da continuidade previsto no artigo 1º da Lei n.º 5.859/72. Ressalva de entendimento da Relatora. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR - 787800-57.2009.5.09.0673, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 17/10/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/10/2012)

"(...). VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. Empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de

finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas. Evidenciando-se o labor por somente dois dias na semana, configura-se o caráter descontínuo da prestação de trabalho, fora, portanto, do pressuposto específico da Lei n.º 5859/72. Recurso de Revista não conhecido.” (RR - 125200-82.2003.5.01.0026, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 16/02/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 25/02/2011)

“RECURSO DE REVISTA. DOMÉSTICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EXIGÊNCIA DE CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. O reconhecimento do vínculo empregatício com o empregado doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, o que não se aplica quando o trabalho é realizado durante alguns dias da semana. No caso, inicialmente, durante longo período, a reclamante laborava duas vezes por semana para o reclamado, passando, posteriormente, a quatro vezes. Assim, não há como reconhecer o vínculo de emprego postulado, porque, na hipótese, está configurada a prestação de serviços por trabalhadora diarista. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR - 184500-88.2006.5.24.0006, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 25/05/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 17/06/2011)

Logo, o v. acórdão recorrido, ao reconhecer a formação do vínculo de emprego, em que pese a realização dos serviços em máximo três vezes por semana, violou o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

CONHEÇO, por ofensa ao art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

MÉRITO

2.1 VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA - AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE

Conhecido o recurso, por violação do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, DOU-LHE PROVIMENTO para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamante. Prejudicado o exame do recurso quanto aos demais temas.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema “VÍNCULO DE EMPREGO - DIARISTA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA - AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE”, por violação do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamante, restabelecendo a sentença primeva. Prejudicado o exame do recurso quanto aos demais temas. Com ressalva de entendimento do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 3 de Abril de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA

Desembargadora Convocada Relatora

propositura dos embargos de terceiro (que não informa a existência de arrematação), sendo certo que a arrematante sequer compôs o polo passivo da ação de terceiros, sendo-lhe tolhido, desta forma, o direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente garantido.

Pois bem. Os embargos de terceiro foram movidos por Adilza Raimunda Bonfim Poceiro, ex-esposa de Antônio Garrido Teixeira Poceiro, executado nos autos do processo n. 00269-2007-001-05-00-ORT, em que figura como exequente Adenilson Santos de Alcântara, e no qual foram penhoradas as embarcações Cavalinho I, Cavalinho II e Cavalinho III.

Em que pesem as alegações da terceira embargante no sentido de ser legítima proprietária dos bens penhorados, em defesa de sua meação, uma vez que fora casada em regime de comunhão universal de bens com o executado Antônio Garrido Teixeira Poceiro, asseverando, ainda, que o trabalho prestado pelo exequente não teria se revertido em proveito da sociedade conjugal, o fato é que se iniciaram os atos de expropriação dos bens penhorados no processo de execução, tendo em vista que os bens em questão foram levados a leilão judicial, sendo possível verificar que a embarcação denominada Cavalinho III foi arrematada por R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) pela agravante Cleide Costa dos Santos Galvão, conforme comprova o Auto de Leilão Positivo de fl. 184.

Diante disso, não poderia a arrematante ser surpreendida pela declaração de insubsistência da penhora, sofrendo os efeitos da sentença, sem sequer ter sido chamada a se defender nos embargos de terceiro.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MANDADO DE IMISSÃO DE POSSE. TEMPESTIVIDADE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NULIDADE DO PROCESSO. EMBARGOS DE TERCEIRO. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO DO ARREMATANTE.

1. O prazo para a oposição de embargos de terceiro flui da data da turbação e não da arrematação do imóvel se o terceiro possuidor não foi intimado da execução.

2. Na ação de embargos de terceiro ajuizada após a alienação judicial, o arrematante do bem deve ser citado na qualidade de litisconsorte passivo necessário. Hipótese em que a lide reclama decisão uniforme para o embargante, o embargado e o arrematante. Art. 47 do C.P.C. Processo anulado. Precedentes do STJ.

Sentença desconstituída, de ofício, por ato do Relator. Recurso prejudicado.

Art. 557 do Código de Processo Civil.

(Apelação Cível N° 70021944137, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 31/10/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ARREMATANTE, CREDOR E EXECUTADOS. ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NULIDADE. RECURSO PREJUDICADO.

1. Embargos de terceiro opostos por marido de fiadora, para defender a impenhorabilidade do bem de família, em face do credor.

2. Para a validade do processo e eficácia da sentença é indispensável a citação de todos os litisconsortes, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.

3. Os embargos de terceiro opostos após a arrematação demandam a citação não apenas do credor e dos executados, como também do arrematante, cuja esfera jurídica pode, potencialmente, ser afetada pela decisão dos embargos.

4. Recurso prejudicado.

5. Anulação, ex officio, do processo.

(Processo: APL 30486520108190210 RJ 0003048-65.2010.8.19.0210. Relator(a): DES. ELTON LEME. Julgamento: 08/02/2012. Órgão Julgador: DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL.

Publicação: 24/02/2012)

A correta exegese do art. 47 do Código de Processo Civil exige que o arrematante de bem penhorado seja chamado a se defender não apenas quando houver embargos à arrematação, mas também, em casos como o que se apresenta, nos embargos de terceiro, uma vez que a sentença, ao decidir pela manutenção ou desconstituição da penhora, indubitavelmente atinge a esfera jurídica de interesse da arrematante.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo de petição interposto por Cleide Costa dos Santos Galvão, para anular os embargos de terceiro *ab initio*, determinando a inclusão da referida arrematante no polo passivo da ação, devendo os autos retornarem à MM Vara de origem. Prejudicada a análise do agravo de petição do exequente.

ISTO POSTO, acordam os Desembargadores da 4^a. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5^a Região, por maioria, **DAR PROVIMENTO** ao agravo de petição interposto por Cleide Costa dos Santos Galvão, para anular os embargos de terceiro *ab initio*, determinando a inclusão da referida arrematante no polo passivo da ação, devendo os autos retornarem à MM Vara de origem. Prejudicada a análise do agravo de petição do exequente. Vencida a Exma. Desembargadora Relatora, que negava provimento aos agravos interpostos. Vencida, ainda, a Exma. Desembargadora Ana Lúcia Bezerra, que dava provimento ao recurso do reclamante para manter a constrição realizada, devendo do produto da alienação ser reservada a quantia correspondente a 50% do valor da venda.//

Súmula n° 636 do STF.

Súmula n° 219 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-1206-85.2011.5.04.0403, em que é Recorrente PENASUL ALIMENTOS LTDA. e Recorrida ROSMARI RODRIGUES PEREIRA.

O Tribunal Regional, mediante o acórdão de fls. 564-575, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 28.000,00, com juros desde o ajuizamento da ação e correção monetária, a partir desta decisão, e com juros e correção monetária, na forma da lei, indenização de todas as despesas de internação, tratamento médico e medicamentos, além dos custos de manutenção do plano de saúde, desde a sua supressão até o trânsito em julgado desta decisão e, a partir daí, a manter plano de saúde nos mesmos moldes vigentes no curso do contrato de trabalho.

A reclamada interpõe recurso de revista, às fls. 580-612, postulando a reforma do julgado.

O recurso de revista foi admitido pela decisão de fls. 620-622. Não foram apresentadas contrarrazões. Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes a tempestividade, preparo e regularidade de representação, passa-se à análise dos intrínsecos do recurso.

1.1 DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE DOENÇA PROFISSIONAL – PRESCRIÇÃO

O Tribunal Regional não foi instado a se manifestar sobre a matéria, diante da ausência de devolutividade. A reclamada sustenta que a reclamante teve ciência inequívoca de sua incapacidade laborativa em 2005, época em que apresentou o primeiro registro de internação psiquiátrica; e que, por se tratar de reparação de natureza civil, matéria avocada para a competência desta Justiça Especializada por força da EC n° 45/2004, está prescrita a pretensão da reclamante, pois transcorridos mais de três anos após o evento danoso (art. 206, § 3º, V, do Código Civil).

Pugna pela extinção do processo com resolução do mérito. Indica violação do art. 206, § 3º, V, do Código Civil e colaciona arestos.

À análise.

A matéria está preclusa, razão pela qual não tem como ser analisada. A reclamada não renovou a alegação de prescrição nas contrarrazões do recurso ordinário, pois, em que pese não haver interesse imediato para interposição de recurso, tendo em vista a improcedência da reclamação trabalhista em primeira instância, havia interesse de suscitar toda a matéria de defesa nas contrarrazões ao recurso ordinário da reclamante.

Ademais, nos termos da Súmula n° 153, só se conhece de prescrição alegada nas instâncias ordinárias.

Dessa forma, tendo em vista a ausência de devolutividade da matéria à Corte Regional, que não emitiu tese sobre a prescrição, incide o óbice da Súmula n° 297, I e II, do TST, ante a falta do necessário prequestionamento.

Por todo o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

1.2 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DOENÇA PROFISSIONAL – ESQUIZOFRENIA – CARACTERIZAÇÃO DE CONCAUSA COM O AMBIENTE DE TRABALHO

Eis os termos do v. acórdão regional:

“De início, verifico que ao quesito 2, da reclamante, fl. 218, cuja pergunta é se ‘ao tempo da contratação pela reclamada, era a reclamante portadora de alguma doença mental ou de cunho neuropsiquiátrico’, responde o perito que ‘Sim. A reclamante apresenta desde 03/08/2005 o primeiro registro nos autos de internação psiquiátrica folha 21 onde relata 13 internações. Existem nos autos outras folhas que comprovam internações que totalizam então 17 internações psiquiátricas.’ (grifei).

A resposta, contudo, está equivocada em relação ao quesito apresentado, porquanto a reclamante foi admitida pela reclamada em 08.06.2004, data incontroversa, e a primeira internação hospitalar noticiada pela médica que a atendia ocorreu no ano de 2005, conforme atestado da fl. 18, que vai ao encontro dos atestados emitidos pela Clínica Professor Paulo Guedes Ltda., na qual esteve a autora internada por 17 vezes durante o período entre 04.05.2005 e 25.07.2011, conforme documentos das fls. 21-25.

Chama atenção o fato de que, apesar de o perito médico ser contundente no sentido de inexistência de nexos causal entre a patologia Transtorno Esquizoafetivo e as atividades desempenhadas junto à reclamada, salienta que a doença poderia eclodir a qualquer tempo e em qualquer lugar, com diferentes situações desencadeadoras o que impede que se exclua, de imediato, o nexos causal com o labor desenvolvido pela autora, porquanto até praticamente um ano após ter iniciado a trabalhar para a reclamada a, então, doença endógena, não havia sido desencadeada.

Há, assim, necessidade de uma melhor análise sobre a patologia que acomete a reclamante, ainda que se considere apenas a razão de seu desencadeamento, e suas possíveis causas, a fim de, efetivamente, afastar eventual culpa da empregadora.

O atestado médico da fl. 18, firmado pela Médica Psiquiatra Neusa Alexandrino, que assina os atestados médicos juntados aos autos, relata que a reclamante é portadora de Transtorno Esquizoafetivo, tipo depressivo, CID 10 F25.1, e que, neste tipo de patologia, são apresentados sintomas esquizofrênicos e depressivos, ambos proeminentes no mesmo episódio da doença, ou seja, é uma enfermidade que se apresenta como uma terceira espécie que não apenas esquizofrenia ou depressão.

Não é necessário que se perquiria sobre as possíveis causas de depressão, porquanto tal enfermidade acomete milhões de pessoas em todo o mundo, atualmente, e se sabe que tanto pode decorrer de fatores genéticos, do meio ambiente em que exposta a pessoa, entre outros tantos.

O meio ambiente laboral pode, sem dúvida, ser fator originário ou desencadeante da enfermidade.

Em relação à esquizofrenia, a fim de melhor elucidar a questão, tendo em vista o precípuo argumento apontado pela reclamante no sentido de que o ambiente de trabalho na linha de produção da reclamada, teria sido a causa da patologia da qual passou a ser portadora, verifica-se sobre o tema no sítio da rede internacional de computadores, endereço <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-44462000000500002>, artigo publicado na Revista Brasileira de Psiquiatria, vol. 22, s. 1, São Paulo, Maio de 2000, assinado pelo Dr. Homero Pinto Vallada Filho e pela Dra. Helena Samaia, do Departamento de Psiquiatria da FMUSP, Laboratório de Neurociências, o qual, em revisão sobre os estudos genéticos e os fatores de risco na esquizofrenia, apresenta a seguinte conclusão:

A partir dos resultados apresentados nos estudos de genética e nos de fatores de risco para esquizofrenia, pode-se concluir que: (a) estudos com famílias, gêmeos e adotados indicam a existência do componente genético para esquizofrenia; (b) estima-se que o componente genético represente de 70% a 80% da susceptibilidade total para desenvolver a doença; (c) os estudos de genética molecular (de ligação e de associação) encontram-se em andamento, tendo apresentado até o momento apenas resultados sugestivos; (d) fatores pré e perinatais parecem aumentar o risco para o desenvolvimento da esquizofrenia; (e) por ser uma doença complexa e comum, a esquizofrenia é, muito provavelmente, um transtorno etiológicamente heterogêneo, isto é, devem existir, por exemplo, casos de esquizofrenia da forma ‘genética’ e da forma ‘ambiental’. (grifei)

Assim, o percentual de episódios de esquizofrenia em decorrência de fatores genéticos é, sem dúvida, significativo, mas não suficiente a afastar causas ambientais que poderiam atuar, inclusive, como concausa. Ou seja, as duas patologias que, presentes em um mesmo momento no mesmo indivíduo, recebem a codificação de Transtorno Esquizoafetivo, tipo depressivo, CID 10 F25.1, podem ter origem no meio ambiente, ser por este desencadeada, aspecto de suma relevância considerando-se que a reclamante ao ser admitida (08.06.2004) foi considerada apta para o trabalho, pela reclamada, conforme atestado médico da fl. 102 e teve sua primeira internação por problema psiquiátrico em 04.05.2005 (fl. 21).

Necessário, portanto, uma análise a respeito do ambiente de trabalho em que laborava a autora, a quem incumbe o ônus da prova, em relação às alegações de perseguição desde o período de contrato de experiência, de ameaça de ser transferida para o setor de evisceração – considerado um dos mais penosos e forçados da empresa –, de agressão física por parte do superior hierárquico, que retirava cortes que vinham pela esteira em alta rotação e que a reclamante não conseguia “dar conta” e os jogava fisicamente contra a autora.

Depõe a testemunha Maria Fátima Ribeiro, convidada pela reclamante, fl. 246, que ‘ (...) Havia muita pressão por produção, também relatando que as máquinas eram muito aceleradas, sendo que muitas vezes não era possível dar conta do ritmo do trabalho na esteira. Em razão disso a chefia passava aos empregados que deveriam dar conta do trabalho no ritmo da esteira, inclusive eventualmente sofrendo advertências e suspensões.’

O depoimento acima transcrito, se de um lado ilustra em que condições ocorriam os trabalhos na linha de produção, por outro não é hábil a comprovar as alegações da reclamante, valendo considerar-se que, inclusive, a reclamante, nada menciona a respeito de advertências e suspensões.

O depoimento da testemunha Eliane Rech, convidada pela reclamada, fls. 246-246v., que trabalha na empresa desde 2005, já tendo prestado serviços na linha de produção, merece consideração quando, ao tratar sobre o ritmo de trabalho, afirma que ‘ (...) é condizente com a capacidade pessoal dos trabalhadores. Indagada se algum trabalhador não consegue dar conta desse ritmo, responde que isso ocorre apenas se tal trabalhador não quer trabalhar ou se possui alguma limitação que o impeça. (...)’.

Por certo, cada ser humano responde de forma individual e específica a diferentes situações a que é submetido, mormente tratando-se de situação onde a pressão psicológica existe em menor ou maior grau como em uma linha de produção, mas diante de todo o contexto antes analisado, em cotejo com a prova oral produzida, que não logra comprovar as alegações da reclamante, não há como se ter por comprovada a presença denexo causal entre as atividades desenvolvidas na reclamada e o desencadeamento da patologia de que a autora é portadora.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso ordinário da reclamante. Todavia, fico vencida no tópico, diante do entendimento majoritário desta Turma, na sua atual composição. (...)

JUIZ CONVOCADO JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA: DANO MORAL E MATERIAL - DOENÇA COM ORIGEM NO TRABALHO

Concessa venia ao bem lançado voto da Relatora, que confirma a sentença de improcedência – por sua vez escorada em laudo pericial – ouso divergir.

É certo, à vista do sobredito laudo pericial oficial (fls. 215/221), que a doença psiquiátrica que acomete a reclamante não tem origem primeira no trabalho; preponderam fatores endógenos e familiares. No entanto, considero bem evidenciado que as sucessivas crises e internamentos tiveram relação direta com o ambiente de labor. Recordo que a obreira foi admitida em junho de 2004, quando contava 36 (trinta e seis) anos, pois nascera em 05.03.1968, tudo conforme anotações em CTPS (fls. 11/12). A primeira crise e internação psiquiátrica veio a ocorrer em meados de 2005. Nem o laudo pericial, nem qualquer outro elemento de convicção existente nos autos, aponta qualquer outro motivo concreto para o evento. A partir daí, sucederam-se os demais episódios.

De outra banda, a prova testemunhal é convincente no sentido de que a chefia era muito severa, com exigência de produção (fl. 246, verso e anverso). A própria testemunha da reclamada admite a dificuldade de acompanhar tal ritmo se o trabalhador possui algum tipo de limitação. Ora, a reclamada é empresa de grande poderio econômico, com capital social na casa de dezenas de milhões de reais (fls. 47/48). Teria todas as condições para manter avaliação e acompanhamento das condições pessoais de seus empregados, no

caso específico, da reclamante, de modo a evitar que tais exigências de produção tivessem o desfecho que tiveram. A meu sentir, nos dias que correm, a obrigação de manter ambiente saudável de trabalho, contida no art. 157 e seguintes da CLT, inclui não apenas o cuidado com prédios, máquinas e equipamentos, mas também com a saúde mental do trabalhador. Desse dever entendo que a reclamada descuidou-se pelo que, respeitosamente, tenho por caracterizada a concausa no surgimento e/ou agravamento da moléstia mental que acomete a reclamante. Evidenciados, pois, o comportamento ilícito e o nexo causal, sendo que o dano à saúde da reclamante está perfeitamente delineado no laudo pericial. A partir dessa premissa, passo ao exame dos pedidos de indenização por dano moral e material.

Considerando o porte econômico da reclamada, a necessidade de imprimir caráter pedagógico à punição e, ainda, o grau de culpabilidade da empresa, bem como precedente desta C. Turma (processo 0000095-73.2010.5.04.0121 RO, em 19/09/2012, Desembargador George Achutti - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes e este Juiz Convocado), defiro uma indenização por danos morais no importe de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais).

Quanto aos danos materiais emergentes, condeno a reclamada a indenizar todas as despesas de internação, tratamento médico e medicamentos, além dos custos de manutenção do plano de saúde, desde a sua supressão até o trânsito em julgado da presente; a partir daí, a obrigação da reclamada restringe-se a manter plano de saúde, nos mesmos moldes vigentes no curso do contrato de trabalho, inclusive quanto à participação da reclamante no seu custeio, nos termos da Súmula n. 440 do E. TST. Observo, para evitar incidentes processuais desnecessários, que tal determinação insere-se nos limites do pedido, o qual era de manutenção do plano às expensas da empregadora, exclusivamente.

Indefiro, entretanto, neste caso, danos materiais por lucros (melhor dito, ganhos) cessantes (indenização/pensionamento), porque a reclamante está aposentada por invalidez. Acresço que sequer há, na exposição da petição inicial, referência a indenização/pensionamento por redução de capacidade laboral (fls. 05, verso-06).

Por implicar a condenação em parcela de natureza exclusivamente indenizatória, não autorizo descontos fiscais ou previdenciários. Os juros são contados desde o ajuizamento da ação e a correção monetária a partir da presente decisão.

Dou provimento parcial para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 28.000,00, com juros desde o ajuizamento da ação e correção monetária a partir da presente decisão, bem como, com juros e correção monetária na forma da lei, indenização de todas as despesas de internação, tratamento médico e medicamentos, além dos custos de manutenção do plano de saúde, desde a sua supressão até o trânsito em julgado da presente e, a partir daí, a manter plano de saúde nos mesmos moldes vigentes no curso do contrato de trabalho." (fls. 567-575)

A reclamada sustenta que é indevida a indenização por danos morais, diante da inexistência de nexo de causalidade entre a patologia e as atividades exercidas na empresa; que, para ser caracteriza doença de origem ocupacional, necessária a apresentação do nexo de causalidade, ato ilícito, dolo ou culpa do empregador, o que não ocorreu no caso concreto; e que a autora é portadora de patologia de origem endógena, com forte componente familiar, não tendo sido desencadeada pelas atividades exercidas na empresa, sendo a condenação imposta totalmente indevida.

Alega que as situações vivenciadas na empresa são enfrentadas por qualquer homem médio, e que qualquer causa pode ter desencadeado a doença, não necessariamente o ambiente de trabalho. Aduz que a suposta patologia não preenche os critérios médicos de incapacidade total para qualquer trabalho remunerado, tendo em vista que o grau de esquizofrenia não submete a reclamante a tratamentos severos ou necessidade de internação ou intervenção médica. Por fim, sustenta que, ainda que a doença se torne grave ao ponto de ensejar o afastamento do trabalho, a responsabilidade pelo pagamento de remuneração mensal é do INSS, que deverá conceder o benefício respectivo ou a aposentadoria por invalidez.

Indica violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 20, § 1º, "a", da Lei nº 8.213/91 e colaciona arestos.

Ao exame.

O primeiro aresto de fls. 597, 600, 602, o segundo de fl. 609 e os dois de fl. 610 são inservíveis para configurar divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula n° 337, I e IV, do TST, ora por não citarem a fonte oficial de publicação ou o repositório de jurisprudência autorizado, ora por apontarem o sítio da internet, mas não declinarem a data da respectiva publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.

O segundo aresto de fl. 597 e o primeiro de fl. 609 são inespecíficos, nos termos da Súmula n° 296, I, do TST, pois não registram a mesma premissa fática dos autos. O primeiro trata de doença degenerativa; e o segundo, de doença discriminatória, fatos estranhos aos autos.

Ademais, 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 a alínea "c" do art. 896 da CLT. Inteligência da Súmula n° 636 do STF.

Quanto ao art. 20, § 1º, "a", da Lei n° 8.213/91, não há como perquirir a alegada afronta, porque o referido dispositivo trata de doença degenerativa, o que nem sequer é discutido nestes autos, em que o caso é de esquizofrenia.

O Tribunal Regional, pautando-se em uma análise detalhada do conjunto fático-probatório dos autos (prova pericial e testemunhal), concluiu que houve concausa no surgimento ou agravamento da moléstia mental que acometeu a reclamante (esquizofrenia). Assim, em que pesem as considerações de que a doença psiquiátrica da trabalhadora não tem origem primeira no trabalho, a Corte de origem concluiu que o ambiente de trabalho teve relação direta com as suas sucessivas crises e internações. Assim, não há como concluir de forma contrária, de que não houve culpa ou nexos causal, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento dos fatos e da prova, o que é vedado nesta esfera extraordinária, nos termos da Súmula n° 126 do TST.

Assim, estando a decisão amparada no conjunto probatório dos autos, não há como concluir pela especificidade do segundo aresto de fl. 601, que trata genericamente da ausência de comprovação do dano e do nexos causal. Incidência da Súmula n° 296, I, do TST.

Por todo o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

1.3 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – QUANTUM DEBEATUR

Eis os termos do v. acórdão regional:

"Considerando o porte econômico da reclamada, a necessidade de imprimir caráter pedagógico à punição e, ainda, o grau de culpabilidade da empresa, bem como precedente desta C. Turma (processo 0000095-73.2010.5.04.0121 RO, em 19/09/2012, Desembargador George Achutti - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes e este Juiz Convocado), defiro uma indenização por danos morais no importe de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais)." (fl. 574)

A reclamada sustenta que o valor da indenização é elevado, tendo em vista a simplicidade da reclamante, não se amoldando à extensão do dano; e que a indenização por danos morais não serve para enriquecer o lesado, pois resultaria num aviltamento do instituto do dano moral, servindo apenas para proporcionar uma satisfação pecuniária que sirva para anular ou amenizar os efeitos do abalo moral sofrido. Indica divergência jurisprudencial.

À análise.

O terceiro aresto transcrito, oriundo da SBDI-1 do TST, é inservível para o fim colimado, pois não cita a fonte oficial de publicação ou o repositório de jurisprudência autorizado, o que desatende ao comando inserto na Súmula n° 337 desta Corte.

Os demais arestos colacionados são inespecíficos, nos termos da Súmula n° 296, I, do TST, pois o

conteúdo genérico das ementas transcritas não permite aferir identidade entre os fatos que ensejaram a indenização por dano moral, que, no caso dos autos, decorreu de doença ocupacional.

Portanto, inviável o conhecimento do recurso de revista com base na divergência jurisprudencial transcrita.

Por todo o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

1.4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Eis os termos do v. acórdão regional:

“A assistência judiciária gratuita constitui garantia do cidadão prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, tendo-se como bastante a declaração de insuficiência de recursos para que alcance o benefício buscado, com as isenções estabelecidas na Lei nº 1.060/50.

Note-se que não se trata de honorários de sucumbência nos moldes previstos no art. 20 do CPC, mas, sim, de honorários decorrentes da assistência judiciária gratuita, assegurada pelo Estado ao hipossuficiente.

A autora apresenta declaração de pobreza à fl. 09, portanto, isenta do pagamento das despesas processuais, cabendo à ré o pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação, obtido na fase de liquidação de sentença, conforme orientação contida na

Súmula nº 37 deste Tribunal. Não se acolhe, pois, o entendimento das Súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, em face da extensão do benefício concedido, na hipótese de o autor haver celebrado contrato de honorários com seu procurador, autorizo de ofício, a dedução do valor contratado do percentual de 15% ora fixado.

Portanto, devido o pagamento de honorários assistenciais fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação, autorizando, de ofício, ao autor, a compensação dos honorários advocatícios eventualmente contratados com os honorários assistenciais deferidos.” (fls. 571-572)

A reclamada sustenta que são indevidos os honorários advocatícios, tendo em vista que a reclamante não preencheu os requisitos da Súmula nº 219, quais sejam: estar assistida por sindicato de classe e perceber salário inferior ao dobro do mínimo legal ou comprovar não ter condições econômicas de arcar com os ônus do processo.

Indica contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST e violação dos arts. 133 da Constituição Federal e 791 da Consolidação das Leis do Trabalho e às Leis nºs 5.584/70 e 1.060/50 e transcreve arestos para confronto de teses.

Ao exame.

Esta Corte Superior, pacificando entendimento sobre o cabimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, nos termos da Súmula nº 219, registra que, nas controvérsias decorrentes da relação de emprego, é necessário o preenchimento de dois requisitos para o deferimento da verba, quais sejam: estar a parte assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação que não lhe permita demandar sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

Importante destacar os termos da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do TST: “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”.

No caso dos autos, constata-se que o e. Tribunal Regional deferiu os honorários advocatícios com base na declaração de pobreza, mesmo sem a parte estar assistida pelo sindicato da sua categoria, em desconformidade com o entendimento da Súmula nº 219 do TST.

Nesse contexto, CONHEÇO do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 219 do TST.

2. MÉRITO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula n° 219 desta Corte, DOU-lhe PROVIMENTO para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista somente quanto ao tema "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS", por contrariedade à Súmula n° 219 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dessa verba.

Brasília, 15 de Maio de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)
MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA
Desembargadora Convocada Relatora

Partes legítimas e devidamente representadas.

Presente a autorização da categoria econômica para ajuizamento do presente dissídio coletivo, consoante ata de assembléia geral de fls. 85/86.

A ação deve ser conhecida.

VOTO

DA SUPOSTA ILEGALIDADE DA GREVE SUSCITADA PELO SINDICATO AUTOR NA MANIFESTAÇÃO

Alega o Sindicato Patronal a ilegalidade da greve deflagrada pelo Sindicato Suscitado ao fundamento de que não houve autorização da Assembléia Geral acerca da decretação do movimento paredista.

Sem razão.

A ata da Assembléia Geral e a respectiva lista de presença dos obreiros, colacionadas, respectivamente, às fls. 255/256, demonstra que houve deliberação dos membros da categoria acerca da deflagração da greve.

Ademais, é fato público e notório que a categoria profissional, desde o mês de março do corrente ano, estava em permanente estado de paralisação.

Destarte, não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser declarada.

DA ABUSIVIDADE DA GREVE

A greve, hodiernamente, se acha regulada pela Lei 7.738/89 e ela dispõe taxativamente sobre as atividades essenciais no art. 10, dentre elas o transporte coletivo no inciso V. O art. 11, da citada lei, determina a garantia, durante a greve, da prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis ao atendimento da comunidade. Já o art. 12 ordena: "No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços inadiáveis". Finalmente, o art. 15 da decantada lei de greve, de modo explícito, ordena a apuração de responsabilidades pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos no curso da paralisação coletiva.

Na hipótese dos autos, o movimento paredista deflagrado pelos rodoviários, como é de ciência geral, vem causando grande comoção pública e sérios transtornos à sociedade baiana. Instalou-se verdadeiro caos não apenas na vida dos trabalhadores que lutam para chegar aos seus postos de trabalho, mas também na rotina de todos aqueles que precisam se locomover por qualquer outra razão (transportar seus filhos para a escola, cuidar da saúde, realizar atividades corriqueiras relacionadas à faina diária etc.) e que saem às ruas na esperança de encontrar algum meio de transporte, ainda que cômicos da existência da greve e das dificuldades que serão enfrentadas nessa empreitada. Aos danos diretos decorrentes da dificuldade de locomoção em si, acresça-se o surgimento de problemas indiretos como a desordem no trânsito, os gastos excessivos com outros meios de transporte, a falta de segurança das conduções alternativas e o inevitável surgimento de condutas ilícitas consubstanciadas na exploração de transportes irregulares ou na cobrança indevida de valores por outros meios de locomoção já existentes.

Não se ignora o fato, como já mencionado, de que antes mesmo da deflagração da greve este Regional concedeu liminar parcial para garantir a manutenção de 60% (sessenta por cento) das frotas de coletivos nos horários de pico e de 40% (quarenta por cento) nos demais horários, ficando cominada multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o caso de descumprimento da decisão por parte do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia. É também fato público e notório, no entanto, que tal medida vem sendo descumprida de forma desafiadora e desrespeitosa pelo suscitado, que não envidou qualquer esforço para viabilizar a prestação mínima dos serviços indispensáveis ao

atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, em atenção ao comando do art. 11 da Lei 7.783/89.

Tal conduta, não é demais ressaltar, vem se repetindo a cada nova discussão relacionada ao reajuste dos rodoviários, quando as vias conciliatórias prévias sempre são esgotadas sem sucesso e os movimentos parciais deflagrados sem a mínima preocupação com as conseqüências sociais decorrentes da greve. Os transtornos causados à população baiana e o desprestígio amargado por este Tribunal Regional do Trabalho - que viu sumariamente descumprida uma decisão judicial indispensável à manutenção da ordem e da segurança jurídica de seus jurisdicionados -, fomentam o inevitável descrédito da sociedade no Poder Judiciário Trabalhista, notadamente se considerada a grande e negativa repercussão conferida pelos meios de comunicação à desobediência do sindicato obreiro.

Diante do exposto, visando à manutenção da ordem pública e a assegurar o cumprimento do quanto agora decidido, assim como a premente necessidade de se coagir o suscitado econômica e psicologicamente ao cumprimento do comando judicial emanado do presente dissídio, DECLARO a abusividade da greve e determino, de logo, o retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com supedâneo no comando do art. 11 da Lei n. 7.347/85, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia, ao qual fica de logo aplicada multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), referente ao descumprimento da determinação judicial nos dias 23, 24 e 25 de maio de 2012. Tal montante deverá ser revertido 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.

MÉRITO

PAUTA DE REIVINDICAÇÕES DO PROCESSO 0000539-83.2012.5.05.000 (sindicato das empresas de Transportes de Passageiros de Salvador – Setps em face do Sindicato dos Trabalhadores em transportes Rodoviários no Estado da Bahia) válida para análise desses pleitos, às fls. 52.

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. O suscitante havia 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. 252. O Suscitado, por sua feita, havia sinalizado a aceitação de índice de reajuste de 11%.

Ressalte-se que tanto na incoativa quanto na manifestação de fls. 265/275, o Suscitante aduziu concordar com a manutenção da data-base em 1º de maio.

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 SEGUNDA – PISO SALARIAL – INDEFIRO. A criação de piso salarial é decisão a ser tomada pelas categorias envolvidas, mediante negociação coletiva, consoante art. 1º da Lei Complementar nº 103/2000. Não cabe ao Poder Judiciário deferir tal pleito.

CLÁUSULA TERCEIRA – PISO SALARIAL PARA PROFISSIONAIS DE MANUTENÇÃO – INDEFIRO. A criação de piso salarial é decisão a ser tomada pelas categorias envolvidas, mediante negociação coletiva,

consoante art. 1º da Lei Complementar nº 103/2000.

CLÁUSULA QUARTA – QUINQUÊNIO – DEFIRO. Trata-se de cláusula normativa conquistada pela categoria em norma coletiva anterior, instituída na cláusula 5ª da CCT 1991/1992. Defiro o retorno do quinquênio para todos os empregados que preencherem os requisitos, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Assim, restando acatada tal pretensão fica tal cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA QUARTA – QUINQUÊNIO: Fica assegurado o quinquênio no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do salário base para todos os trabalhadores com 05 (cinco) anos de serviço efetivos e contínuos na mesma empresa e, após a aquisição do segundo quinquênio este adicional será transformado em anuênio, a base de 1% (um por cento) por cada ano incidente sobre o salário.

CLÁUSULA QUINTA – 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.

PARÁGRAFO ÚNICO – DEFIRO. As partes concordam com a estipulação do parágrafo único, consoante se infere da proposta do Suscitante contida na incoativa e da proposta do Suscitado reafirmada na defesa.

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.

CLÁUSULA SEXTA – PLR – INDEFIRO. O art. 2º da Lei 10.101/2000 dispõe que a participação nos lucros e resultados “será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante (...): I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; II - convenção ou acordo coletivo”. Não tendo as partes chegado a consenso e não constando tal cláusula da norma coletiva anterior, não cabe ao Poder Judiciário, através de sentença normativa, intervir para estipular direito que depende de expressa concordância dos envolvidos.

CLÁUSULA SÉTIMA – MICRO ÔNIBUS – INDEFIRO, porquanto não se trata de matéria inerente a sentença normativa.

CLÁUSULA OITAVA – JORNADA DE TRABALHO – INDEFIRO. A matéria relativa à fixação de jornada é de reserva legal, não podendo ser alterada mediante Sentença Normativa, apenas através de negociação coletiva.

CLÁUSULA NONA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INDEFIRO O REAJUSTE DE 18%, mantendo-se a conquista anterior, com a seguinte redação:

CLÁUSULA NONA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – A partir de 01 de maio de 2012, as empresas se obrigam a fazer seguro de vida por morte acidentária, para todos os empregados, no valor de R\$ 14.846,76 (catorze mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos).

CLÁUSULA DÉCIMA – GRATIFICAÇÃO DE CARNAVAL – INDEFIRO. A pretensão onera sem qualquer razão

as empresas e não encontra respaldo legal.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS EMPREGADOS CONSIDERADOS APTOS AO LABOR PELO INSS – INDEFIRO. O período em que ainda há discussão sobre o retorno ou não do trabalhador ao serviço deve ser dirimido pelo INSS, não cabendo a empresa arcar com os valores relativos ao salário, visto que ainda persiste a suspensão do contrato de trabalho durante tal interstício. Assim, não há respaldo legal para o deferimento de tal pretensão.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – FIM DA TERCEIRIZAÇÃO – INDEFIRO. Não há respaldo legal para o deferimento de tal cláusula, visto que a terceirização não é necessariamente ilícita, desde que observados os parâmetros fixados na súmula n° 331 do TST.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – PLANO DE SAÚDE – INDEFIRO O REAJUSTE DE 18% SEM QUALQUER CONTRAPARTIDA DOS EMPREGADOS. A justificativa para tal indeferimento se pauta que, além da matéria ser típica de negociação entre as partes interessadas, e, somente com a conjugação de suas vontades se poder estabelecer obrigações para cada qual, matéria pois estranha à sentença normativa.

CLÁUSULAS CONTESTADAS PELO SINDICATO PATRONAL, CONSTANTES DA PAUTA DE REIVINDICAÇÕES COMO “CONQUISTAS ANTERIORES” (FLS. 54/59)

CLÁUSULA 9º - INTERRUPTÕES NA JORNADA DE TRABALHO POR RESPONSABILIDADE DA EMPRESA – As interrupções na jornada de trabalho de responsabilidade da empresa não poderão ser descontadas ou compensadas posteriormente, sendo devido ao trabalhador o pagamento integral das horas.

Indefiro. A cláusula não especifica quais interrupções seriam de responsabilidade da empresa, e extrapola o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Cláusula 23º - ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS – *Assegura-se eficácia aos atestados médicos e odontológicos fornecidos por profissionais do sindicato dos trabalhadores, para o fim de abono de faltas ao serviço, desde que existente convênio do Sindicato com a Previdência Social, salvo se o empregador possuir serviço próprio ou conveniado.*

Indefiro, pois a matéria não pode ser objeto de sentença normativa.

Cláusula 24º – LIBERAÇÃO DE DIRIGENTES SINDICAIS – *Fica liberado, na proporção de 01 (hum) por empresa e para que fique à disposição do Sindicato profissional de diretores da entidade sindical, sem prejuízo da sua remuneração.*

Indefiro. Houve expressa discordância do Sindicato patronal, e a disciplina legal acerca da matéria não ampara a pretensão obreira, não podendo o Judiciário intervir no âmbito da administração empresarial.

Cláusula 45ª – TAXA ASSISTENCIAL DOS EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS – *As empresas se comprometem em descontar o valor correspondente a 02 (duas) diárias a título de Taxa Assistencial dos empregados NÃO sindicalizados que não se pronunciarem contrário ao desconto em carta do próprio punho.*

Parágrafo primeiro: Os descontos serão processados de forma parcelada, devendo ocorrer nos três primeiros meses subseqüentes à assinatura da Convenção Coletiva, e os valores repassados ao Sindicato até o dia 05 (cinco) do respectivo mês do recolhimento, sob pena de multa diária de 2% (dois por cento) sobre o montante recolhido mais juros diários.

Indefiro, em face da inexistência de previsão legal para que se proceda ao desconto de taxa assistencial daqueles empregados que não sejam sindicalizados e que não autorizem expressamente o desconto.

CLÁUSULA 46ª – ESCALA DE FOLGA – As empresas fixarão nas garagens, em locais visíveis e com

antecedência mínima de uma semana, as escalas de folga, especificando o horário e o início do turno, assegurando aos motoristas, cobradores e despachantes.

Indefiro, uma vez que a redação da referida cláusula é inconclusiva, não especificando o que estaria sendo assegurado aos trabalhadores.

CLÁUSULA 59ª – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO – O descumprimento de qualquer cláusula constante desta Convenção Coletiva de Trabalho, devidamente comprovado, sujeitará a empresa infratora ao pagamento de uma multa correspondente a 100 (cem) salários mínimos em favor do Sindicato profissional.

Indefiro, diante da existência de ação própria – Ação de Cumprimento –, prevista em lei, de que se pode valer o Sindicato dos Trabalhadores, para a hipótese de descumprimento de cláusula normativa.

CLÁUSULAS QUE FICAM MANTIDAS POR EXPRESSA CONCORDÂNCIA DO SINDICATO PATRONAL

FLS. 03 DA PAUTA

CLÁUSULA 11 – GRATUIDADE NOS TRANSPORTES – As empresas concederão aos seus trabalhadores vale transportes conforme previsto na Lei Federal N° 7.418/85 sem o desconto nos salários dos empregados do percentual previsto na legislação, na forma de VTE – Vale Transporte Eletrônico.

CLÁUSULA 13 – DISPENSA DA EMPREGADA GESTANTE – Fica vedada a dispensa arbitrária e sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 60(sessenta) dias após o término da licença maternidade.

Parágrafo único: As empresas transferirão a gestante para outra função, quando necessário e por recomendação médica sem prejuízo da remuneração.

CLÁUSULA 14 – SELEÇÃO DE EMPREGADOS– No seu processo de seleção as empresas comprometem-se em não discriminar qualquer candidato em razão da idade, religião, raça, sexo, nem aqueles que tenham trabalhado no sistema de transporte urbano, intermunicipal e fretamento, obedecidos os critérios de seleção.

CLÁUSULA 15 – PREENCHIMENTO DE DOCUMENTOS: SEGURO DESEMPREGO, AUXÍLIO DOENÇA, ETC. – As empresas preencherão quaisquer documentos exigidos por órgãos públicos, quando solicitado por seus empregados para obtenção do seguro desemprego, auxílio doença, aposentadoria e outros benefícios na forma da legislação em vigor.

CLÁUSULA 16 – ABONO DE FALTA DE ESTUDANTE – O empregado estudante terá abonada a falta para prestação de exames escolares, mediante prévio e comprovação posterior, desde que os exames sejam no horário de trabalho.

FOLHA 04 DA PAUTA

CLÁUSULA 17 – ESTABILIDADE POR APOSENTADORIA – Defere-se a garantia de emprego, durante os 12 (doze) meses que antecederam a data em que o empregado adquire o direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos 03(três) anos. Adquiro o direito, extingue-se a garantia.

CLÁUSULA 18 – PROGRAMAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS – O início das férias, coletivas ou individuais, não poderá coincidir com sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal.

CLÁUSULA 19 –FORNECIMENTO DE UNIFORMES – As empresas fornecerão, gratuitamente, aos seus motoristas, cobradores e despachantes em cada período de um ano, uniforme compreendendo: duas calças, três camisas, um par de sapatos e dois pares de meias.

Parágrafo primeiro: As empresas fornecerão, gratuitamente, ao pessoal de manutenção, em cada período de um ano, uniforme compreendendo: 02 macacões e um par de botas.

Parágrafo segundo: As empresas fornecerão o uniforme integral no ato de admissão do trabalhador.

Parágrafo terceiro: No caso de desligamento o empregado obriga-se a efetuar a devolução do mesmo.

Parágrafo quarto: As empresas que exigirem uniformes para os demais empregados, ficam obrigadas a concedê-los nas condições prevista no caput desta cláusula.

CLÁUSULA 20 – ANOTAÇÕES FUNÇÕES CTPS – As empresas anotarão nas carteiras profissionais de seus empregadores, as suas “funções” cobrador de ônibus, despachante, motorista de ônibus e motoristas de carros leves.

CLÁUSULA 21 – COMPROVANTE DE PAGAMENTO - o pagamento do salário será feito mediante recibo, fornecendo-se cópia ao empregado, com a identificação da empresa, e do qual constarão a remuneração, com a discriminação das parcelas a quantia líquida paga, os dias trabalhados ou o total da produção, as horas extras e os descontos efetuados, inclusive para Previdência Social, e o valor correspondente ao FGTS.

CLÁUSULA 22 – DESCONTO EM FOLHA – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS - As empresas manterão convênios com farmácias, óticas e livrarias, para aquisição de medicamentos, óculos, lentes e livros pelos trabalhadores, cujo pagamento será efetuado mediante desconto, em folha, desde que, expressamente, autorizado pelo beneficiário.

FLS 05 DA PAUTA

CLÁUSULA 25 - QUADRO DE AVISO - Fica assegurada a afixação, na empresa, de quadro de aviso do sindicato, para comunicado do interesse dos empregados, vedado os de conteúdo político-partidário ou ofensivo.

CLÁUSULA 26 - CIPA- COMUNICAÇÃO DA DATA DA ELEIÇÃO AO SINDICATO - As empresas ficam obrigadas a comunicar ao sindicato representante da categoria profissional dos empregados, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, a data da eleição para a CIPA.

CLÁUSULA 27– FORNECIMENTO DE MOEDAS – As empresas fornecerão moedas divisionárias aos seus empregados cobradores para facilitar-lhes o desempenho das atividades profissional durante a jornada de trabalho.

CLÁUSULA 28– SERVIÇOS MÉDICOS – As empresas prestarão serviços médico, em nível ambulatorial, aos seus empregados.

CLÁUSULA 29– EMPREGADOS RESERVAS – Na falta de carro, os empregados que ficarem na reserva à disposição da empresa, terão seus dias pagos.

CLÁUSULA 30 – APANHA E LEVA – As empresas fornecerão transporte gratuito aos seus motoristas, cobradores, colaboradores e despachantes, que encerrarem suas jornadas às 24: 00 horas e para aqueles que iniciam o turno às 04: 00 horas, obedecendo roteiros e pontos estabelecidos.

CLÁUSULA 31 – APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR – Nenhum empregado será retirado de sua escala, por indisciplina, antes de ser apurada a falta. A inobservância deste procedimento obrigará as empresas a proceder ao pagamento dos dias perdidos do empregado.

CLÁUSULA 32 - TURNOS FIXOS – Os empregados das empresas urbanas, escalados para o turno diurno não poderão ser designados para o noturno ou vice-versa, enquanto perdurar a relação no emprego ressalvado o interesse do empregado e motivo de ordem operacional das empresas tais como : feriados, dias santificados, carnaval, festas de largo, eventos e festas promocionais.

CLÁUSULA 33 – ASSALTO E AVARIAS – As empresas não descontarão dos salários dos seus empregados nenhum valor relativo a quaisquer avarias ou assaltos que houver no ônibus em que o empregado estiver trabalhando, salvo se houver culpa ou dolo devidamente comprovado.

CLÁUSULA 34 - AUXÍLIO DOENÇA / COMPLEMENTAÇÃO – O empregado em gozo de auxílio doença previdenciário perceberá da empresa empregadora, do 16º (décimo sexto) dia ao 30º (trigésimo) dia de afastamento, uma complementação salarial correspondente à diferença entre o valor do benefício do INSS e a sua efetiva remuneração.

FLS. 06 DA PAUTA

CLÁUSULA 35 – CONTRIBUIÇÃO MENSAL – As empresas descontarão em folha as mensalidades sindicais de seus empregados, desde que por eles devidamente autorizadas, recolhendo aos cofres do sindicato, até o 5º (quinto) dia útil após o referido desconto, com a lista, dos associados.

Parágrafo primeiro: As empresas que não descontarem as mensalidades sindicais nos prazos estabelecidos nesta cláusula, arcarão com a multa correspondente ao dobro da contribuição em favor do Sindicato Profissional, vedado o desconto retroativo nos salários dos associados.

CLÁUSULA 36 – AUXILIO-FUNERAL – As empresas no caso de falecimento do empregado, arcarão com o funeral até 05(cinco) salários mínimos, ficando assegurado o financiamento ate esse limite, em 06(seis) parcelas, sem juros e correção monetária, na hipótese de morte do cônjuge e dos filhos ate a idade 16(dezesseis) anos.

Parágrafo Único: os serviços funerários serão efetuados por empresas credenciadas pelo integrantes da categorias econômica, que fornecerão listas desses convenio ao sindicato profissional.

CLÁUSULA 37 – ENCERRAMENTO DAS ORDENS DE SERVIÇO – Nas empresas que não tiveram manobristas a jornada de trabalho dos motoristas só será encerrada após os mesmos terem abastecido os veículos e efetuado o estacionamento dos ônibus no pátio. Os cobradores terão sua jornada de trabalho encerrada após a prestação de contas.

CLÁUSULA 38 – EXAMES ADMISSIONAIS – As empresas não farão exames de esterilização e de gravidez com o objetivo de vedar admissões.

CLÁUSULA 39 – PAGAMENTO DAS FÉRIAS - As empresas negociarão com os trabalhadores o período para gozo das férias e o pagamento será efetuado, improrrogavelmente, até 02(dois) antes do afastamento, salvo o não comparecimento do empregado no setor pessoal para o respectivo recebimento.

CLÁUSULA 40 – PAGAMENTO DO 13º SALÁRIO – O pagamento do 13º (décimo) salário será pago em duas parcelas sendo 50% até 20 de novembro e o restante até 20 de dezembro.

CLÁUSULA 41 – PAGAMENTO DE SALÁRIOS – As empresas anteciparão 40% do salário base no dia 15 do mês, e o restante da remuneração deverá ser paga até o primeiro dia útil do mês subsequente.

CLÁUSULA 42 – HOMOLOGAÇÃO – As empresas se obrigam a homologar as rescisões dos contratos de trabalho de seus empregados no Sindicato Profissional, ou perante a autoridade representante do Ministério do Trabalho.

CLÁUSULA 43 – EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DE CANDIDATOS A EMPREGO – As empresas nos seus processos de recrutamento e seleção de novos cobradores darão preferência aos candidatos que demonstrarem experiência comprovada no exercício da função, obedecidos aos critérios de seleção.

FLS. 07 DA PAUTA

CLÁUSULA 44 – CERTIDÃO DE OCORRÊNCIA – Em caso de acidente, a responsabilidade pela obtenção

da certidão de ocorrência junto ao órgãos competentes é do empregado envolvido, quer ativa ou passivamente no acidente, contudo, sem ônus, uma vez que a quantia desembolsada para a execução da certidão, deve ser arcada pelas. Justifica-se ser a responsabilidade do empregado a obtenção da ocorrência por ser ele a pessoa mais indicada em prestar possíveis esclarecimentos ao órgão expedido, na hipótese de erro na certidão.

CLÁUSULA 48 – PLANEJAMENTO FAMILIAR – As empresas se comprometem a manter convênios com clínicas e/ ou hospitais para orientar os funcionários no planejamento familiar.

CLÁUSULA 49 – REGISTRO EM FICHA FUNCIONAL - Será dado prévio conhecimento e assegurado o direito de defesa do empregado, antes do registro, na sua ficha funcional, de qualquer ato que desabone a conduta profissional ou moral do trabalhador.

Parágrafo único: Os registros efetuados sem a observância dos requisitos estabelecidos no item anterior serão nulos de pleno direito.

CLÁUSULA 50 – PAINEL DOS VEÍCULOS – As empresas se comprometem a manter em perfeito funcionamento os painéis dos seus veículos.

CLÁUSULA 51 – AVISO PRÉVIO – Em nenhum caso o aviso prévio indenizado será pago no valor salarial correspondente ao término do período.

Parágrafo único: O aviso prévio indenizado será pago no valor salarial correspondente ao término do período.

FLS. 08 DA PAUTA

CLÁUSULA 52 - ASSISTÊNCIA NO ACIDENTE DO TRABALHO – Em caso de acidente durante o deslocamento do trabalhador de casa para o trabalho ou vice-versa, a empresa prestará toda assistência ao trabalhador, nos termos Lei.

CLÁUSULA 53 – EXAMES PRÉ DEMISSIONAIS – A dispensa de empregados será precedida de exames médicos, de acordo com a legislação vigente.

CLÁUSULA 54 – LICENÇA PATERNIDADE – As empresas concederão licença paternidade de 05 dias corridos aos empregados, quando do nascimento de seu filho. O registro do nascimento deverá ser feito no período de licença e o documento comprobatório será a própria certidão de nascimento.

CLÁUSULA 55 – SANITARIO PÚBLICO – O Sindicato Patronal e dos Trabalhadores reivindicarão junto a Prefeitura Municipal de Salvador a construção de sanitários públicos nos diversos terminais rodoviários da cidades.

CLÁUSULA 56 – INEXISTENTE

CLÁUSULA 57 - REGISTRO DE ATESTADO MÉDICO NA CTPS – As empresas se comprometem a não proceder aos registros de atestados médicos na CTPS dos seus empregados, desde que as ausências não sejam superiores há 05(cinco) dias limitada a uma ocorrência por mês.

CLÁUSULA 58 – SALÁRIO EDUCAÇÃO - As empresa cumprirão o que determina a legislação vigente que trata dos convênios sobre o salário educação.

CLÁUSULAS QUE O SUSCITANTE CONCORDA PARCIALMENTE, COM ALTERAÇÃO EM SUA REDAÇÃO:

- FL. 03 DA PAUTA

CLÁUSULA 8ª DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – CONQUISTAS ANTERIORES (fl.54 dos autos) – AUXÍLIO

CRECHE – As empresas concederão auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% do salário mínimo, para suas empregadas, até que a criança complete 06 meses de idade, facultada o convênio com as creches.

ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO PATRONAL. CLÁUSULA 8ª – AUXÍLIO CRECHE – As empresas concederão às suas empregadas um auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% do salário mínimo, até que seu (sua) filho(a) complete seis meses de idade, facultado o convênio com creches.

Acolhe-se a redação proposta pelo sindicato patronal, que mantém íntegro o direito ao auxílio creche, apenas substituindo a palavra "criança" por "seu(sua) filho(a)", a fim de deixar assente que, para a concessão do benefício, a criança deve ser filho, ou filha, da empregada.

- FL. 08 DA PAUTA

CLÁUSULA 60 DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES (FL.59) – DATA-BASE – VIGÊNCIA – Fica mantida a data-base de 1º de maio de cada ano e vigorando a presente Convenção Coletiva do Trabalho no período de 1º de maio de 2011 a 30 de abril de 2012.

ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO PATRONAL. CLÁUSULA 60 – DATA-BASE – VIGÊNCIA – Fica mantida a data-base de 1º de maio de cada ano e vigorando a presente Convenção Coletiva do Trabalho no período de 1º de maio de 2012 a 30 de abril de 2013.

Ante o evidente equívoco quanto ao período de abrangência do Instrumento Normativo, acolhe-se a redação proposta pelo sindicato patronal.

ISTO POSTO, POR TAIS FUNDAMENTOS, AFASTO A ARGÜIÇÃO 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 A ABUSIVIDADE DA GREVE, DETERMINANDO, DE LOGO, O RETORNO IMEDIATO DOS TRABALHADORES ÀS SUAS ATIVIDADES SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), COM SUPEDÂNEO NO COMANDO DO ART. 11 DA LEI N. 7.347/85, PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA, AO QUAL FICA DE LOGO APLICADA MULTA NO VALOR DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS), REFERENTE AO DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL NOS DIAS 23, 24 E 25 DE MAIO DE 2012. TAL MONTANTE DEVERÁ SER REVERTIDO 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.

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 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.

HAVENDO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO EM DIAS VINCENDOS, 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.

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 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) ao Sindicato Suscitante, 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) ao Sindicato Suscitante, 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 Segunda – PISO SALARIAL – Indeferida. Cláusula Terceira – PISO SALARIAL PARA PROFISSIONAIS DE MANUTENÇÃO – Indeferida. Cláusula Quarta – QUINQUÊNIO – Deferida, com a seguinte redação: Fica assegurado o quinquênio no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do salário base para todos os trabalhadores com 05 (cinco) anos de serviço efetivos e contínuos na mesma empresa e, após a aquisição do segundo quinquênio este adicional será transformado em anuênio, a base de 1% (um por cento) por cada ano incidente sobre o salário. 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 Sexta – PLR – Indeferida. Cláusula Sétima – MICRO ÔNIBUS – Indeferida. Cláusula Oitava – JORNADA DE TRABALHO – Indeferida. Cláusula Nona – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – Deferida parcialmente, passando a cláusula a ter a seguinte redação: A partir de 01 de maio de 2012, as empresas

se obrigam a fazer seguro de vida por morte acidentária, para todos os empregados, no valor de R\$ 14.846,76 (catorze mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos). Cláusula Décima – GRATIFICAÇÃO DE CARNAVAL – Indeferida. Cláusula Décima Primeira – DOS EMPREGADOS CONSIDERADOS APTOS AO LABOR PELO INSS – Indeferida. Cláusula Décima Segunda – Indeferida. Cláusula Décima Terceira – PLANO DE SAÚDE – Indeferida. CLÁUSULAS CONTESTADAS PELO SINDICATO PATRONAL. Cláusula Nona - INTERRUPTÕES NA JORNADA DE TRABALHO POR RESPONSABILIDADE DA EMPRESA – Indeferida. Cláusula Vigésima Terceira – ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS - Indeferida. Cláusula Vigésima Quarta – LIBERAÇÃO DE DIRIGENTES SINDICAIS - Indeferida. Cláusula Quadragésima Quinta – TAXA ASSISTENCIAL DOS EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS - Indeferida. Cláusula Quadragésima Sexta – ESCALA DE FOLGAS - Indeferida. Cláusula Quinquagésima Nona – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO – Indeferida. CLÁUSULAS MANTIDAS POR EXPRESSA CONCORDÂNCIA DO SINDICATO PATRONAL. Fl. 03 da Pauta: Cláusula Décima Primeira – GRATUIDADE NOS TRANSPORTES. Cláusula Décima Terceira – DISPENSA DE EMPREGADA GESTANTE. Cláusula Décima Quarta – SELEÇÃO DE EMPREGADOS. Cláusula Décima Quinta – PREENCHIMENTO DE DOCUMENTOS: SEGURO DESEMPREGO, AUXÍLIO DOENÇA, ETC.. Cláusula Décima Sexta – ABONO DE FALTA DE ESTUDANTE. Fl. 04 da Pauta: Cláusula Décima Sétima – ESTABILIDADE POR APOSENTADORIA. Cláusula Décima Oitava – PROGRAMAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS. Cláusula Décima Nona – FORNECIMENTO DE UNIFORMES. Cláusula Vigésima – ANOTAÇÕES FUNÇÕES CTPS. Cláusula Vigésima Primeira – COMPROVANTE DE PAGAMENTO. Cláusula Vigésima Segunda – DESCONTO EM FOLHA – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS. Fl. 05 da Pauta: Cláusula Vigésima Quinta – QUADRO DE AVISO. Cláusula Vigésima Sexta – CIPA – COMUNICAÇÃO DA DATA DA ELEIÇÃO AO SINDICATO. Cláusula Vigésima Sétima – FORNECIMENTO DE MOEDAS. Cláusula Vigésima Oitava – SERVIÇOS MÉDICOS. Cláusula Vigésima Nona – EMPREGADOS RESERVAS. Cláusula Trigésima – APANHA E LEVA. Cláusula Trigésima Primeira – APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. Cláusula Trigésima Segunda – TURNOS FIXOS. Cláusula Trigésima Terceira – ASSALTO E AVARIAS. Cláusula Trigésima Quarta – AUXÍLIO DOENÇA-COMPLEMENTAÇÃO. Fl. 06 da Pauta: Cláusula Trigésima Quinta – CONTRIBUIÇÃO MENSAL. Cláusula Trigésima Sexta – AUXÍLIO FUNERAL. Cláusula Trigésima Sétima – ENCERRAMENTO DAS ORDENS DE SERVIÇO. Cláusula Trigésima Oitava – EXAMES ADMISSIONAIS. Cláusula Trigésima Nona – PAGAMENTO DAS FÉRIAS. Cláusula Quadragésima – PAGAMENTO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. Cláusula Quadragésima Primeira – PAGAMENTO DE SALÁRIOS. Cláusula Quadragésima Segunda – HOMOLOGAÇÃO. Cláusula Quadragésima Terceira – EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DE CANDIDATOS A EMPREGO. Fl. 07 da Pauta: Cláusula Quadragésima Quarta – CERTIDÃO DE OCORRÊNCIA. Cláusula Quadragésima Oitava – PLANEJAMENTO FAMILIAR. Cláusula Quadragésima Nona – REGISTRO EM FICHA FUNCIONAL. Cláusula Quinquagésima – PAINEL DOS VEÍCULOS. Cláusula Quinquagésima Primeira – AVISO PRÉVIO. Fl. 08 da Pauta: Cláusula Quinquagésima Segunda – ASSISTÊNCIA NO ACIDENTE DO TRABALHO. Cláusula Quinquagésima Terceira – EXAMES PRÉ-DEMISSIONAIS. Cláusula Quinquagésima Quarta – LICENÇA PATERNIDADE. Cláusula Quinquagésima Quinta – SANITÁRIO PÚBLICO. Cláusula Quinquagésima Sexta – INEXISTENTE. Cláusula Quinquagésima Sétima – REGISTRO DE ATESTADO MÉDICO NA CTPS. Cláusula Quinquagésima Oitava – SALÁRIO EDUCAÇÃO. CLÁUSULAS QUE O SUSCITANTE CONCORDA PARCIALMENTE, COM ALTERAÇÃO EM SUA REDAÇÃO: Fl. 03 da Pauta: CLÁUSULA OITAVA DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – CONQUISTAS ANTERIORES (fl. 54 dos autos) – AUXÍLIO CRECHE – Parcialmente deferida, com a seguinte redação: As empresas concederão às suas empregadas um auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% (dez por cento) do salário mínimo, até seu (sua) filho (a) complete 6 (seis) meses de idade, facultando o convênio com creches. Fl. 08 da Pauta: CLÁUSULA SEXAGÉSIMA DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – DATA-BASE – VIGÊNCIA - Deferida, com a seguinte redação: Fica mantida a data-base de 1º de maio de 2012 a 30 de abril de 2013. 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

“Responsabilidade civil é o dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela.”

(BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições civis no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 444)

No Código Civil de 2002, três dispositivos completam-se para formar o núcleo normativo da responsabilidade civil: os arts. 186, 187 e 927.

Responsabilidade. Classificação.

O dever jurídico descumprido pelo agente causador do dano pode decorrer de cláusula de contrato ou de norma legal (incluindo o princípio que impõe o dever geral de cautela).

Assim, a responsabilidade terá natureza jurídica contratual ou extracontratual (ou aquiliana). Esta última é a mais comum no direito do trabalho, porquanto relacionada a ato ilícito do empregador pelo não cumprimento das normas gerais de proteção e assecuratórias de um meio ambiente laboral sadio e equilibrado.

No que se refere ao fundamento da responsabilidade, pode ser classificada, ainda, em objetiva ou subjetiva.

A **subjetiva** consiste no condicionamento do dever de indenizar à demonstração de dolo (vontade livre e consciente de atingir o resultado) ou de culpa grave (falta absoluta de atenção exigida de qualquer pessoa), leve (falta de diligência habitual, tomado por base o cidadão médio ou bono pater familiae) ou levíssima (situação em que há o mínimo desvio de comportamento e que somente alguém altamente diligente poderia evitar) daquele que causa o dano. Contém, portanto, três elementos: dolo/culpa + nexo causal + constatação do dano.

A segunda, **objetiva** (associada à denominada “teoria do risco criado”, semelhante à chamada “teoria do risco/benefício”), decorre simplesmente da constatação do dano e do nexo causal, não importando o comportamento do agente causador (dolo/culpa).

Dispensa discriminatória.

Acerca do tema *discriminação*, ensina ESTEVÃO MALLET:

“O princípio da igualdade não tolhe, portanto, toda e qualquer diferenciação, nem se opõe, para utilizar as palavras de decisão do Conselho Constitucional francês, ‘a ce que le législateur règle de façons différente des situations diferentes’^(...) Também o direito da União Europeia sublinha a importância de não confundir proibição de discriminação com proibição de diferenciação. Na Diretiva 2.000/78, assinala-se a importância de ‘distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objectivos legítimos de políticas de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas’^(...).

O que o princípio da igualdade proíbe é apenas o estabelecimento de ‘differenziazione arbitrarie’^(...) ou ‘desigualdades artificiais’^(...), não justificáveis objetivamente. A regra da igualdade veda, como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, que se estabeleçam distinções ‘arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Dizer ‘igualdade’ --- prossegue a decisão --- é afirmar a proibição do arbítrio, do irrazoável, do injustificado’^(...). Para repetir a observação de Guilherme Machado Dray, ‘sendo admissíveis

as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objetiva de situações^(...).

(...) Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão somente, a discriminação --- ou seja, a diferenciação arbitrária e não justificável objetivamente (...) ---, e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir. No fundo (...), o problema central está na legitimidade --- ou não --- do critério adotado para o estabelecimento da diferença de tratamento, tanto pelo legislador, como pelo empregador. É a partir da definição do critério de diferenciação que se desenvolvem os conceitos de diferenciação e de discriminação^(...). Se o critério é legítimo, não há discriminação; há mera diferenciação, válida e aceitável."

(MALLET, Estêvão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 88-90 – sem destaque no original)

A dispensa discriminatória é expressamente prevista, quanto à definição e efeitos, na Lei n° 9.029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória, além da reparação pecuniária por danos morais.

A Lei n° 9.029/95 proíbe expressamente a adoção de "qualquer prática discriminatória e limitativa" (destaquei), para efeito de manutenção da relação de emprego, seja por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido --- corretamente, a meu juízo --- que a enumeração apresentada pelo legislador não foi taxativa, nem exaustiva, mas apenas exemplificativa: o objetivo principal da lei foi coibir as mais diversas formas de discriminação no ingresso ou no curso da relação de emprego.

Com isso, o legislador lançou as bases que deram ensejo à inserção, quatro anos mais tarde (26/5/1999), do próprio art. 373-A no corpo da CLT, cujo inciso III veda a motivação da dispensa do trabalho "em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível".

Há menção, também no art. 165 da CLT, quanto à vedação à despedida arbitrária, cuja redação declina uma definição dessa prática como a dispensa "que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro".

Além disso, o art. 8° da CLT estabelece que "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".

Inúmeros são os precedentes jurisprudenciais no sentido de declarar a nulidade da dispensa arbitrária e discriminatória, com base na analogia e na equidade, bem como para condenar a empresa a reintegrar o empregado.

Nesse sentido, constam da Constituição da OIT (mais precisamente, na Declaração da Filadélfia, de 1944) o princípio segundo o qual "o trabalho não é uma mercadoria" (item I, "a") e de que "uma paz durável só pode ser estabelecida sobre a base da justiça social" (item II), sendo "obrigação solene" da OIT estimular, nos diversos países do mundo, programas próprios a realizar "a plenitude do emprego e

a elevação dos níveis de vida" (item III, "a").

Ora, a proteção contra o desemprego por meio de um sistema jurídico que ao menos coíba a discriminação e a arbitrariedade na dispensa de empregado é o modo mais singelo e elementar de se atender a esses princípios.

Até mesmo o Preâmbulo da Constituição de 1988 está insculpido nos seguintes termos: "(...) 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** (...)" (grifo nosso). Essa é a destinação precípua do nosso Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, é princípio fundamental inserto no art. 1º, III, da Constituição da República a dignidade da pessoa humana, bem como constitui objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (artigo 3º, IV, da Carta Magna).

É, aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana que traz ínsita a função social da propriedade, prevista no inciso XXIII do art. 5º e no inciso III do art. 170, ambos da Constituição. Permeiam esses princípios a valorização do trabalho humano, valor cristalizado no inciso IV do art. 1º e no caput do já mencionado art. 170, cujo inciso VIII, por sua vez, preconiza o dever da busca do pleno emprego.

Versando o contrato de trabalho a respeito de temas de natureza alimentar, os princípios de probidade e boa-fé, inscritos no art. 422 do Código Civil, ostentam função integrativa e são plenamente aplicáveis às relações de trabalho (não somente às de emprego), rendendo ensejo à conclusão de que comete abuso de direito a empregadora que, ao demitir, contraria a presunção de boa-fé.

Assim, a boa-fé – que deve ser verificada em todas as fases de um contrato de trabalho (pré-contratual, contratual e pós-contratual) – é elemento intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, inspira a vedação de dispensa arbitrária ou discriminatória por qualquer motivo não autorizado pelo Direito.

Desse modo, é também a boa-fé (não apenas os direitos da personalidade do trabalhador) que resulta frontalmente vilipendiada por ocasião de uma dispensa discriminatória.

Alegação de discriminação. Ônus da prova.

O essencial princípio de direito material do trabalho é, inegavelmente, o da proteção ao hipossuficiente econômico, do qual emergiram, por desdobramento, todos os demais.

Entre esses, o direito do trabalho tem também, como específico, o princípio da primazia da realidade, que o renomado JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO identifica na hipótese em que, "havendo divergência entre as condições ajustadas para a relação de emprego e as verificadas em sua execução, a realidade dos fatos prevalecerá" (Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007; p. 91 – sem destaque no original).

Por influência do direito material e, ainda, como reflexo de seu caráter publicista, o direito processual do trabalho incorporou o da busca da verdade real, extraído notadamente do art. 765 da CLT, que, para

tanto, confere aos magistrados trabalhistas ampla liberdade na direção do processo.

Nesse cenário, a inversão do ônus da prova tem por fundamento, ainda, a aptidão da parte que tem mais condições de contribuir para esclarecer o Juízo na busca da verdade real.

O instituto não é novidade na esfera trabalhista: está sedimentado em súmulas do TST, como as de nº 68 (equiparação salarial), 212 (motivo do término da relação de emprego) e 338 (jornada de trabalho).

Na hipótese de responsabilidade subjetiva, a inversão do ônus da prova da culpa é aplicável, sobretudo quando se constata a existência de pedido fundado em alegação de dispensa discriminatória --- como ocorre no caso sob exame.

Com efeito, a prova da discriminação é extremamente difícil de ser produzida por quem alega, porque raramente as razões do ofensor é externada e flagrada ao mesmo tempo. Até mesmo a doutrina internacional inclina-se em semelhante direção, como ilustra o escólio da jurista argentina SILVIA ESTELA ESCOBAR:

“O normal é que aquele que leva a cabo um ato discriminatório, como por exemplo uma demissão, por razões óbvias, na comunicação do ato não expresse o verdadeiro motivo, senão que fabrique uma falsa causa ou diretamente omita toda a causa. Em consequência, a prova para trazer à luz a verdade jurídica objetiva se complica em grande escala. E é aqui que as regras tradicionais adjetivas se mostram diretamente ineficazes.”
(Aliviando o ônus da prova: distribuição na demissão discriminatória in ALJT Revista – Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho, Ano VII, Número 9, abril/2013, págs. 35)

Muitas vezes só pode ser aferida por exclusão das alternativas possíveis, como, por exemplo, na dispensa de um empregado produtivo e experiente sem nenhuma razão plausível para a eleição desse trabalhador em específico.

Essa é, em suma, a razão que justifica a inversão do ônus da prova nos casos de alegação de discriminação, além do quanto estabelecem os arts. 8º e 769 da CLT, 4º da Lei nº 9.029/95 e 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.

O caso concreto, sob exame.

Na hipótese sob exame, em que pese, por cautela e cooperação, este Juízo haja alertado as partes, no início da audiência de instrução (fls. 113), da possibilidade de julgar mediante a inversão do ônus da prova, esse procedimento revelou-se desnecessário, posteriormente. De fato, isso se dá porque se constata a produção de prova em quantidade e qualidade suficientes para o deslinde da controvérsia de direito material --- o que exclui a necessidade de decidir a questão apenas com base nesse ônus.

Visando a facilitar o deslinde da controvérsia, procedo a um breve retrospecto dos fatos ensejadores da presente ação trabalhista.

A reclamante trabalhou para a reclamada como vigilante temporária de julho a outubro de 2007 (fls. 10). Após, passou a atuar como “segurança fixa” (fls. 113v) em 1º/5/2008.

Sucedeu, todavia, que, em 23/1/2010, RONALDO MATIAS DE LIMA, um ex-vigilante da reclamada, foi detido nas seguintes circunstâncias, descritas por um policial militar:

“que, no dia 23/01/2010, por volta das 23:00hrs, quando em ronda pela cidade na BR-349, próximo à ponte, avistamos um elemento em atitude suspeita; quando abordado, foi encontrada determinada quantia em dinheiro, a qual só ficamos sabendo a quantia correta após a chegada na Delegacia; ao ser questionado sobre a referida importância numérica a qual o mesmo se encontrava, passou a nos informar que era fruto da venda de tráfico de droga e que a droga seria de propriedade de um elemento de pré nome JOSÉ ROBERTO; procuramos saber qual o trabalho que JOSÉ ROBERTO fazia na cidade, o mesmo passou a informar que era desempregado e era um traficante para qual o mesmo trabalhava na condução de droga para o bairro Nova Brasília e que teria acesso livre à residência de JOSÉ ROBERTO; que tomássemos o máximo cuidado, pois JOSÉ ROBERTO teria uma pistola ponto quarenta em cima do guarda roupas e era violento, a qual já lhe teria oferecido, para a prática dos delitos, os quais eram costumeiros; que, nesse momento, o elemento de nome RONALDO, o qual já estava em poder da guarnição, nos propôs levar até a residência do elemento de nome JOSÉ ROBERTO e que lá chegando iria chamá-lo e que seria atendido de imediato, pois tem liberdade total nessa referida residência; que nos deslocamos até o endereço indicado por RONALDO e, lá chegando, foi feito um cerco na referida residência; solicitamos que RONALDO chamasse o proprietário da referida residência; que, para nossa surpresa, RONALDO chamou pelo nome da esposa do suposto JOSÉ ROBERTO, dona LUZIA; que, de imediato, a mesma veio atendê-lo no portão; que, ao abrir o portão da residência, tomou conhecimento dos fatos os quais RONALDO acusava o seu esposo; que a senhora, suposta esposa de JOSÉ ROBERTO, foi surpreendida vendo que seu esposo estava sendo acusado, convidou o preposto da guarnição para comprovação ou não das acusações que RONALDO os fazia; que após averiguação, foi constatado que aquela residência se tratava de um policial militar lotado na 38ª CIPM de Bom Jesus da Lapa, mesmo assim RONALDO continuava afirmando que as acusações eram verdadeiras; só após uns 10 minutos que RONALDO passou a informar que já vinha há onze meses, juntamente com a guardete de nome LUZIA, esposa do policial militar, furtando o Santuário do Bom Jesus; que RONALDO informou como fazia para praticar o furto: que atravessava um riacho pela parte de baixo da gruta, com uma lanterna de ponto, a qual foi apreendida com o mesmo, e que o furto era repartido meio a meio com LUZIA. Que lhe foi dada voz de prisão e conduzido para esta delegacia, sendo LUZIA e seu esposo convidados para comparecer nesta delegacia, os quais aceitaram de imediato. Aqui na delegacia ficamos sabendo da quantia exata, que era de R\$1.383,10, conferida juntamente com o Padre Adão e agente Rosemário” (fls. 51/52 – destaquei)

Após essa detenção, a reclamada dispensou a reclamante, sem justa causa, em 23/2/2010. Foram dispensadas também outras vigilantes temporárias, mas **apenas a reclamante era vigilante fixa**, como confessou o preposto:

“que foi dispensada sem justa causa em 23/2/2010, antecedida pela dispensa de Neucilene (...) que todos os demais são segurança temporário; que havia, na época, cerca de 10 a 12 seguranças fixos e de 5 a 6 seguranças temporários; que todos os temporários também foram dispensados e, quanto aos fixos, apenas a reclamante, por motivo econômico ou financeiro, do fim de uma época de romaria; que há uma certa rotatividade, podendo-se recontratar, ou não, tal empregado; que há contratações no início de julho e mantém-se essas pessoas até cerca de metade de novembro; que algumas são fixadas, outras dispensadas; que alguns seguranças ficam um pouco mais para repor férias de outros; que mesmo fixados podem ser dispensados, de acordo com o desempenho no trabalho; que a reclamante não foi bem avaliada quanto a seu desempenho na questão da segurança patrimonial” (fls. 113v)

Ainda antes da audiência ocorrida em 9/4/2010 (fls. 13/14), foi concedida uma entrevista do acusado RONALDO à emissora católica **Rádio Bom Jesus AM**, sucedida dos comentários de PADRE CASEMIRO, conforme arquivos de áudio constantes do CD anexado a fls. 75 dos autos. Para entendê-las, transcrevo-

as, no que aqui interessa:

ENTREVISTA DO ACUSADO, ENQUANTO ENCARCERADO:

[voz do radialista Ailton Alegria] - Vamos ouvir o Ronaldo, né? Vamos ouvir o Ronaldo pra depois não fazer igual ao outro. Sete e quarenta e três. Ouça!

[voz de Ronaldo] - A parte que você está falando na Igreja lá não tem ninguém envolvido, só foi eu e foi por volta assim das 10 e meia para 11 hora...

[voz do entrevistador] - Da noite.

[voz de Ronaldo] - Da noite e...

[voz do entrevistador] - Sim, dez e meia pra onze horas da noite. Você vinha fazendo isso sempre, ou não?

[voz de Ronaldo] - Não, não. Isso aí foi 'pela' caso. E esse fato ocorreu que os 'home' me prendeu. Só isso.

(...)

[voz do entrevistador] - Como que você conseguiu a chave do portão lá do fundo, da Gruta da Nossa Senhora Soledade e do cofre?

[voz de Ronaldo] - Eu consegui a chave do portão através de quando eu trabalhei lá.

[voz do entrevistador] - De quando você trabalhou lá...

[voz de Ronaldo] - Hum hum...

[voz do entrevistador] - Não foi ninguém que te deu não, Ronaldo?

[voz de Ronaldo] - Não.

[voz do entrevistador] - Você não está acusando ninguém também, né?

[voz de Ronaldo] - Não estou acusando ninguém. Só tem só eu envolvido. Não tem ninguém metido nisso não.

(...)

[voz do entrevistador] - Qual quantia, o valor exato, que você pegava lá?

[voz de Ronaldo] - Isso é ... (incompreensível) Qual a próxima?

[voz do entrevistador] - Você não quer falar.

[voz de Ronaldo] - Hã? Moço, não foi muito não. Foi ... foi pouco.

[voz do entrevistador] - Ronaldo, seja muito sincero pra nós, porque estamos aqui para buscar a verdade. Qual o valor que você pegava e por que você fazia isso, Ronaldo? Quantas vezes você fez isso?

[voz de Ronaldo] - Eu fiz foi umas... 15 vezes só.

[voz do entrevistador] - 15 vezes!

[voz do entrevistador] - Segundo outras informações que chegou até a nossa reportagem, que o valor estimado a essa última vez foi em cerca de R\$1.200,00. Foi verdade isso?

[voz de Ronaldo] - Foi

[voz do entrevistador] - R\$1.200,00?

[voz de Ronaldo] - Hã hã.

[voz do entrevistador] - Se em 15 vezes você pegou este valor?

[voz de Ronaldo] - Não! Não!

[voz do entrevistador] - Os valores eram variados, Ronaldo?

[voz de Ronaldo] - Eram variados, entre R\$400,00, R\$500,00.

[voz do entrevistador] - Mas já chegou o valor estimado de você roubar, assaltar, o Santuário do Bom Jesus no valor estimado de R\$3.000,00? Esse valor, não?

[voz de Ronaldo] - Não, nunca chegou esse valor não! Sempre era de R\$500,00 a abaixo. E só deu esse valor que me pegaram por ter pego umas notas de valores altos, só isso.

[voz do entrevistador] - Você já conseguiu comprar algum bem com esse valor do Santuário?

[voz de Ronaldo] - Eu nunca consegui comprar nada com o dinheiro do Santuário. com o dinheiro do Santuário só deu pra pagar o advogado..."

ENTREVISTA DE PADRE CASEMIRO, TRANSMITIDA LOGO EM SEGUIDA ÀQUELA DO ACUSADO:

[radialista Ailton Alegria] - Agora são sete horas e quarenta e nove minutos, aqui na Rádio Bom Jesus AM. De imediato, Padre Casemiro estava ouvindo lá e veio aqui fazer algumas

contestações. Bom dia, Padre Casemiro. Tudo bem? Prazer recebê-lo aqui.

[Padre Casemiro] – Bom dia Ailton, bom dia radio ouvintes. Eu realmente acabo de ouvir a matéria que já foi anunciada tanto, né? Desde o início do programa você estava anunciando e, de fato, é uma coisa muito comentada em Bom Jesus da Lapa. Eu acho que é uma coisa muito vergonhosa para Bom Jesus da Lapa, que pretende ser cada vez mais conhecida no Brasil e fora do Brasil. Com todo o esforço que se faz para que Bom Jesus da Lapa a cidade mereça a nível dos santuários do Brasil, a nível do reconhecimento nacional, do reconhecimento no Estado que ainda não tem devidamente. E a matéria que acabou de veicular é uma matéria bastante comprometedora. (...)

Há algumas contestações, que a gente tem que fazer de cara, de imediato.

Acho que o ouvinte da Rádio Bom Jesus não pode ficar somente com esta gravação porque ela é parcialmente não verdadeira.

Ele disse como ele estava entrando: conseguiu a chave desde quando estava trabalhando. Acontece que o Santuário tem a sua rotina de troca de chaves.

Ele estava trabalhando no santuário como funcionário temporário durante o tempo mais forte de romaria e cobrindo as folgas, aliás, as férias dos funcionários fixos e estava trabalhando até final de fevereiro ou final de janeiro --- não me recordo agora, teria que verificar os documentos – mas até final de fevereiro de 2009. Acontece que nós trocamos as chaves em dezembro...

[radialista Ailton Alegria] – – então essa história que ele fala de que não tinha mais ninguém, que era ele sozinho...

[Padre Casemiro] – Ah, isso é conversa, isso é conversa.

[radialista Ailton Alegria] – Isso é conversa?

[Padre Casemiro] – Isso é conversa. Alguém estava fornecendo a chave. No mínimo alguém forneceu para ele uma chave nova, porque a chave foi trocada depois da saída dele do Santuário. E a Polícia Civil foi... Padre Adão estava até acompanhando o Oficial da Polícia Civil ... foi ao Santuário com uma penca de chaves que foi encontrada na casa de Ronaldo e foi uma chave já nova, recente, de um dos cadeados da Gruta. Então, isso é que eu... a primeira podia ter conseguido naquela época. Podia até.

[radialista Ailton Alegria] – Ou seja, a ideia surgiu naquela época.

[Padre Casemiro] – Justamente (...) Então, na verdade, os depoimentos deles são contraditórios. Eu creio que ... alguns podem ser verdadeiros. Agora, quais? Aí que tá, né? Nós não sabemos.

[radialista Ailton Alegria] – Como é que vamos saber qual que é verdade?

[Padre Casemiro] – É exatamente, exatamente. Mas estas, estas, estas mentiras grosseiras que de cara, deu pra, deu pra pegar, eu fiz questão de, né, esclarecer logo porque sei que, como a matéria foi anunciada, anunciada, e tem muitos ouvintes que estavam esperando porque é uma sensação, né?

[radialista Ailton Alegria] – Tem muita gente curioso em relação a isso, né? Tem muita gente curioso em relação a isso, né?

[Padre Casemiro] – Claro, claro!"

Como se percebe, a hipótese do suposto furto justificou um apelo de PADRE CASEMIRO para as seguintes contenções de despesas, com óbvias repercussões negativas para a imagem dos que sejam apontados como responsáveis:

"[Padre Casemiro] – Quem ficou prejudicado foram todas essas pessoas que deixam de receber o aumento, todas essas pessoas que trabalham no Santuário, todas essas pessoas que estão sendo atendidas no Santuário por causa que realmente o volume foi reduzido para as obras, para os investimentos, para a obra social, para obra religiosa, tudo isso. Na verdade, quem ficou mais prejudicada foi a própria população lapense e a população romeira."

Pois bem.

A questão é saber se a dispensa foi, ou não, causada por imputação de suposto crime à reclamante, com repercussão negativa sobre sua honra objetiva.

Vejamos.

O preposto caiu em contradição.

Inicialmente, justificou a dispensa afirmando que “que a demissão da reclamante se deu em razão da sazonalidade, já que, nessa época, há diminuição de visita deromeiros e naturalmente dispensam-se alguns empregados, como os seguranças” (fls. 113v - negritei).

Ocorre que tais seguranças dispensados em razão da variação de público das romarias são justamente os temporários, contratados um pouco antes. Apenas a reclamante foi dispensada dentre as vigilantes fixas, não por “sazonalidade” (estava fixa desde 2008), mas, em realidade, por reprovação quanto à “questão da segurança patrimonial”, como confessou o preposto no final de seu depoimento, contradizendo-se, nos seguintes termos:

“que a reclamante não foi bem avaliada quanto a seu desempenho na questão da segurança patrimonial; que não há prova escrita dessas avaliações; que as testemunhas poderão explicitar essas circunstâncias” (fls. 113v)

Ao contrário do que afirmou a reclamada, as testemunhas não confirmaram suposta avaliação de desempenho --- que respeitasse contraditório e ampla defesa administrativos.

PRIMEIRA TESTEMUNHA DA RECLAMADA:

“perguntado se a reclamante era uma boa vigilante, respondeu com segurança: “era”, acenando afirmativamente com a cabeça; que restaram mais de 10 vigilantes; que é comum a demissão e a contratação de temporários” (fls. 115v)

SEGUNDA E ÚLTIMA TESTEMUNHA DA RECLAMADA:

“que a reclamante foi demitida exclusivamente por causa da redução de quadro; que a testemunha não sabe dizer nenhum fato que desabone a conduta profissional ou pessoal da reclamante;” (fls. 116 – sem destaque no original)

A RECLAMANTE ALEGOU:

“que Padre Casemiro gostava de seu serviço; que ‘tinha a conduta tão boa que pedi para colocar pessoas como temporárias, como meu irmão Roque Eusébio de Jesus, que trabalhou em serviços gerais, as primas Naiara e Elaine, que atuaram como vigilantes temporárias” (fls. 114 – destaquei)

Assim, se a reclamante foi recontratada e era considerada uma boa vigilante, sem nenhum fato desabonador, por que critério foi dispensada, escolhida entre os 10 a 12 vigilantes fixos?

Do exame do conjunto fático-probatório, sobretudo o depoimento do preposto e das testemunhas, colhe-se a sugestão, por parte da reclamada, de que a reclamante estaria envolvida com o suposto furto das urnas (com cadeados) que abrigam as doações diárias de fiéis. Tais urnas só poderiam ser encontradas após a transposição de portões, igualmente fechados a cadeados, como ilustra o que disse a segunda testemunha da reclamada:

“os policiais informaram que Ronaldo acusou a reclamante de ter passado a chave dos cadeados para Ronaldo, a fim de que ele pudesse entrar após o fechamento às 21h e abrir todos os cofres e urnas da Soledade; que uma chave abria o portão e outra chave abria os cofres ou urnas de madeira; que todos os seguranças tinham a chave que abria o portão lateral da Soledade e, insiste, sem ser perguntado, que a reclamante não tinha a chave dela quando foi questionada na reunião, para devolvê-la; que nenhuma segurança tinha as chaves dos cofres, só os Padres; perguntado se a reclamante tinha as chaves dos cofres, a testemunha pensou e disse que a chave do cofre foi encontrado com Ronaldo; perguntado novamente se a reclamante tinha a chave dos cofres, respondeu que não tinha, mas apenas a possuíam Padre Roque e Padre Casemiro.” (fls. 116 – sem destaque no original)

Entretanto, da análise de todos os documentos do inquérito policial e do processo criminal juntado a estes autos não há nenhuma prova de que o reclamante tivesse sido detido com alguma chave. Nada além de uma lanterna de ponto (fls. 52).

O próprio preposto, PADRE ROQUE, ao manifestar oralmente suas razões finais, confirmou que o acusado RONALDO nunca teve chave dos cofres de madeira ou urnas, que ficavam no interior da igreja: “quanto às chaves dos cofres de madeira, estavam apenas entre o preposto [Padre Roque] e Padre Casemiro, mas eram de fácil manuseio e não pode afirmar porque não viu, mas, das chaves que a polícia apreendeu com Ronaldo, ter-se-ia encontrado uma que dava acesso a esses cofres de madeira. Que, no depoimento que Ronaldo deu para a Rádio Bom Jesus, disse que o fato ocorria há um ano e meio” (fls. 116v - destaquei).

Repito: desconsiderando meras declarações inverossímeis, mutantes e contraditórias do acusado RONALDO, do exame destes autos não constatei a existência de nenhum documento policial ou de prova direta produzida no Juízo criminal, de que o acusado RONALDO tivesse alguma chave em seu poder, nem mesmo as dos portões, quanto menos as dos cofres ou urnas de madeira.

Assim, mesmo supondo que RONALDO tivesse as chaves dos portões, mas considerando que a reclamada tem ciência e reconheceu em Juízo que as chaves das urnas só ficavam em poder de Padre Roque e de Padre Casemiro, como seria humanamente possível ao acusado, mesmo que conseguisse passar despercebido pelos seguranças noturnos, acessar o conteúdo das urnas ou cofres (sem abri-los), retirando de R\$400,00 a R\$1.400,00 em cada uma das supostas 15 vezes (ou teria sido apenas uma vez, que furtou “pela’ caso”)? E, ainda, entrar e sair pelo mesmo lugar, passando por um riacho, sem se molhar, nem o dinheiro?

Note-se que, no testemunho de fls. 51/52, não há registro de que o acusado RONALDO houvesse sido detido molhado, mas “em atitude suspeita”. Observe-se que não foi preso com chave alguma.

Essas contradições, aliadas ao manifesto titubear do acusado ao ser entrevistado pela Rádio Bom Jesus, quando preso na cadeia da cidade, revelam a inafastável possibilidade de que o furto contra a reclamada não tenha jamais acontecido.

Permitem considerar a vertente, inclusive, de que Ronaldo estava a inventar toda a estória, sobretudo nos detalhes mais simples, o que é próprio de quem mente e tem dificuldade de montar coerentemente todo o quadro.

Realmente, não há nenhuma razão fática, comprovada nos documentos policiais e processuais penais juntados aos autos, para descartar por completo a primeira versão do acusado, ou seja, de que não

teria cometido o crime mais grave de tráfico de drogas (vide fls. 51, auto de prisão em flagrante, juntado pela reclamada), inclusive com implicações sobre outros traficantes, que poderiam vir a ameaçar sua integridade física ou a vida.

A primeira versão implicava acusação, aos policiais militares, de tráfico e diversos crimes contra outro policial militar.

Vale destacar que, após procedimento investigativo à meia noite, inclusive com incursão na casa de terceiros, registrou-se:

“após averiguação, foi constatado que aquela residência se tratava de um policial militar lotado na 38° CIPM de Bom Jesus da Lapa, mesmo assim RONALDO continuava afirmando que as acusações eram verídicas” (fls. 51)

Só então, talvez se apercebendo do risco que corria, RONALDO mudou a versão, tal como relata o policial militar: **“só após uns 10 minutos** que **RONALDO passou a informar que...**”. Ou, em outras palavras, demorou 10 minutos para mudar sua versão, naquelas circunstâncias.

Nesse contexto, **não há prova do suposto furto** da reclamada, que ninguém testemunhou, alegando que o dinheiro provinha de urnas --- que ninguém jamais contabilizou.

Convém ressaltar que as declarações do acusado RONALDO não têm credibilidade alguma e foram extraídas em procedimento de validade processual extremamente duvidosa. Como visto, podem ter sido inventadas pelo acusado apenas para que viesse a se safar de problemas muito mais graves, decorrentes da primeira confissão, de tráfico de drogas (versão esta, diga-se de passagem, jamais divulgada pela imprensa local).

Porém, quanto à extinção do contrato de emprego da reclamante, sobressaem os seguintes aspectos processuais:

- (1) a confissão do preposto, de que “a reclamante não foi bem avaliada quanto a seu desempenho na questão da segurança patrimonial” (fls. 113v), aliada...
- (2) à declaração pública de Padre Casemiro na Rádio Bom Jesus, contrariando a entrevista do acusado, que afirmava não haver parceria no crime, de que “Isso é conversa. Alguém estava fornecendo a chave. No mínimo alguém forneceu para ele uma chave nova, porque a chave foi trocada depois da saída dele do Santuário” (fls. 75), bem assim...
- (3) o momento em que a segunda testemunha da reclamada “insiste, sem ser perguntado, que a reclamante não tinha a chave dela [do portão] quando foi questionada na reunião, para devolvê-la”, muito embora “que nenhum segurança tinha as chaves dos cofres, só os Padres” (fls. 116 - negritei).

Da análise do conjunto fático probatório, pois, exsurge, em cores vivas, a dispensa da reclamante em decorrência da associação, pela reclamada, de sua participação no suposto crime (em torno do qual gravitaram todos os fatos examinados nesta causa).

Considerando que não há, até hoje, nenhuma condenação criminal contra a reclamante, não se comprovou um mínimo de apuração formal por parte da reclamada, nem foi dado à reclamante o direito

de se defender administrativamente (e, muito menos houve direito ao contraditório e à ampla defesa) contra as graves suspeitas que até hoje pairam sobre sua honra objetiva, resulta classificar a dispensa como arbitrária e discriminatória, atraindo os efeitos indenizatórios que lhe são próprios.

Por consequência, resultou descumprido o art. 3º do Estatuto das Obras Sociais da Diocese de Bom Jesus da Lapa, que dispõe: *“no desenvolvimento de suas atividades, a associação não faz qualquer discriminação (...), observando as normas legais vigentes no país”* (fls. 22).

São elementos para quantificar a condenação:

i) a gravidade do dano: mediana, já que a influência das orientações da Igreja é tão grande que o nome do próprio município (Bom Jesus da Lapa, a “capital baiana da fé”), o nome da maioria dos bairros (vide qualificação das partes e testemunhas) e das festas regionais existem em torno da doutrina que propaga. A reclamada exerce inegável influência sobre a forma como os concidadãos da reclamante a notam. Tal repercussão foi assim descrita por Padre Casemiro à Rádio Bom Jesus AM:

[Padre Casemiro] – É exatamente, exatamente. Mas estas, estas, estas mentiras grosseiras que de cara, deu pra, deu pra pegar, eu fiz questão de, né, esclarecer logo porque sei que, como a matéria foi anunciada, anunciada, e tem muitos ouvintes que estavam esperando porque é uma sensação, né?

[radialista Ailton Alegria] - Tem muita gente curioso em relação a isso, né? Tem muita gente curioso em relação a isso, né?

[Padre Casemiro] – Claro, claro!”

Igualmente nesse sentido foi o registro da única testemunha da reclamante:

“que sabe dizer que a reclamante ficou muito chateada, ‘quem não ficaria?’; que prefere não revelar o nome das pessoas que falam mal da reclamante por causa desse fato, ‘só que foi muito comentado’; que sabe que a reclamante foi demitida ‘por esse motivo aí, por essas acusações que eles fizeram contra ela’; (...) que prefere não citar nomes” (fls. 116v)

Por isso, a dispensa discriminatória, no contexto em que ocorreu, não só já ameaçou o bem estar da reclamante na pequena cidade do interior onde mora, mas é possível que venha a repercutir durante toda a sua vida, podendo até mesmo ser decisivo em eventual decisão de vir a se mudar.

ii) a intensidade de sofrimento da vítima: juridicamente considerável. Recorde-se que o dano à integridade da saúde psicológica e à honra é “in re ipsa”, ou seja, presumido, e que por isso independe de comprovação. Vide, a respeito: TST-E-ED-RR-249/2005-091-09-00.0, Relatora Ministra: ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, Data de Julgamento: 03/09/2007, Data de Publicação: 19/10/2007; e TST-RR-26600-66.2004.5.09.0091, Redator Ministro: HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES, 6ª Turma, Data de Julgamento: 25/06/2008, Data de Publicação: 22/08/2008);

iii) a situação socioeconômica das partes: a reclamada é uma diocese católica, que administra várias igrejas na região cuja história religiosa vem de 1691. Recebe a terceira maior romaria do Brasil. É bem estruturada e tem a propriedade de inúmeros imóveis na cidade e região, de emissora de rádio e gráfica. Ocupa o interior e o exterior do morro do Bom Jesus, “imponente, um maciço de calcário de noventa metros de altura, recortado em galerias e grutas” (<http://www.bomjesusdalapa.org.br/site/historia/o-santuario.html>, acesso em 29/8/2013). Tem inegável poder social e econômico, com ênfase na Bahia,

sobretudo na região de Bom Jesus da Lapa.

Já a reclamante é economicamente hipossuficiente, remunerada com um pouco mais de um salário mínimo à época da prestação de serviços, e sem outro registro em CTPS. A indenização há de ser suficiente para permitir a reorganização de sua vida, inclusive, se necessário, em outra localidade.

iv) a eventual participação da vítima na causa do evento danoso: não há prova de participação da vítima na causa do evento danoso;

v) a existência ou não de retratação/reparação e sua extensão: o reclamado não demonstrou suas conclusões após procedimento administrativo transparente e exemplar, como se espera de uma liderança religiosa (<http://www.opovo.com.br/app/opovo/brasil/2013/07/27/noticiasjornalbrasil,3099787/papa-francisco-exemplo-de-lideranca-legitimada.shtml>, em que se colhe a seguinte mensagem: "O papa Francisco (capa da prestigiada revista americana Time, desta semana, com o título: "O Papa do Povo") antes de demonstrar que é um chefe de confiança para o seu povo (o incrível número de 1.200.000.000 de católicos, distribuídos no mundo inteiro e em uma instituição bimilenar), preferiu demonstrar que confia nele. Ao contrário do que diz Maquiavel, para o papa, os homens são bons, gratos, verdadeiros e merecedores de todos os méritos" - acesso em 29/8/2013). Não houve preocupação com a imagem que a reclamante passaria a ter na comunidade. Sua dispensa sem justa causa, no contexto, foi defendida como se pudesse ser simplesmente descartada, ante a uma questionabilíssima dúvida lançada por alguém sem a mínima condição de fazer acusação: um possível marginal, que confessou sob pressão social e policial. Não houve sequer alguma nesga de perdão, socorro material ou demonstração de apoio psicológico no período que se seguiu. Não houve, por parte da reclamada, a entrega de carta de recomendação expedida em favor da reclamante no momento da dispensa, para auxiliá-la a se recolocar no mercado de trabalho ou a tentar calar alguns caluniadores e difamadores. Tais particularidades devem ser consideradas na fixação do valor da indenização; e

vi) o aspecto punitivo/pedagógico, que visa à prevenção de riscos semelhantes e à rigorosa observância das normas de proteção ao trabalho. Ou seja, é preciso estabelecer a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, a fim de que o ato ofensor não fique impune e sirva de desestímulo a práticas inadequadas de segurança e saúde do trabalho.

Considero, ainda, como parâmetro, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que, no processo nº TST-RR-24241-05.2006.5.05.0021, Rel. Min. RENATO LACERDA PAIVA, DEJT de 27/4/2012, reduziu a condenação de R\$500.000,00 para **R\$200.000,00**, ao tratar da extinção do contrato de emprego em face de alegação de prática de atos de improbidade, negociação ruinosa ao empregador, indisciplina e insubordinação não comprovados em Juízo, **resultando em mácula à imagem do reclamante**. No processo nº TST-RR-114440-26.2005.5.02.0463, Rel. Min. MARIA CRISTINA PEDUZZI, DEJT de 15/10/2010, a condenação foi reduzida de R\$525.000,00 para **R\$262.500,00**, ao cuidar da extinção do contrato de emprego em face de **imputação de tentativa de furto, não comprovada**. Indenização amenizada pelas decisões de instâncias ordinárias, que determinaram a expedição de carta de recomendação ao reclamante.

Por fim, considero que o padrão quase que invariável de cobrança de honorários de advogado são altíssimos na região, geralmente em 30%.

Diante de tais parâmetros, no que diz respeito aos danos morais, CONDENO o reclamado a pagar à

reclamante R\$50.000,00.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

A correção monetária e os juros de mora devem incidir na forma da SUM-439/TST.

IMPOSTO DE RENDA

Não há incidência sobre as verbas de natureza indenizatória, inclusive sobre eventual reparação pecuniária de nenhuma espécie de dano moral (TST-RR-1401400-14.2005.5.09.0002, Rel. JC MARIA DORALICE NOVAES, 7ª Turma, Data de Publicação: 05/02/2010; TST-AIRR-73340-84.2001.5.09.0092, Rel. Min. GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS, 1ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2007; no mesmo sentido: STJ-REsp 1152764/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/07/2010).

Igualmente, não há incidência de imposto de renda sobre os juros de mora (independente da natureza jurídica das verbas sobre as quais incidam), em razão do cunho indenizatório que o art. 404 do CCB confere aos juros de mora (OJSBDI1-400/TST).

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

DEFIRO à reclamante os benefícios da Justiça gratuita, diante da declaração a fls. 5 (arts. 790, § 3º, da CLT e OJSBDI1-304/TST). Ressalto que a declaração implica responsabilidade legal, ainda que essa expressão não conste explicitamente do texto firmado pela parte ou por seu procurador habilitado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado por **LUZIA EUZÉBIA FERREIRA** em face de **DIOCESE DE BOM JESUS DA LAPA** para **CONDENÁ-LA** ao pagamento de reparação pecuniária decorrente de danos morais, o montante de R\$50.000,00.

Deferido à reclamante os benefícios da Justiça gratuita.

Custas pela reclamada, calculadas em R\$1.000,00, sobre o valor da condenação, de R\$50.000,00.

Por oportuno, admoesto as partes que eventual oposição irregular de embargos de declaração, na hipótese de valer-se desse recurso no intento de obter novo pronunciamento jurisdicional pela reforma do pronunciamento anterior, ou, ainda, para prequestionar matéria não suscitada tempestivamente ou irrelevante para o resultado da causa, levará à configuração de litigância de má-fé e à imposição de multa.

Considerando-se a paralisação relâmpago de servidores públicos ocorrida nesta data e a fim de evitar eventual prejuízo processual, determino que **sejam as partes intimadas desta decisão.**

Bom Jesus da Lapa, 30 de agosto de 2013.

RINALDO GUEDES RAPASSI
Juiz 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

